



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento**

**Programa de Mestrado em Direito**

---

**JULIANA MAGALHÃES FERNANDES OLIVEIRA**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO INFORMANTE NO BRASIL**

**BRASÍLIA**

**2020**

**JULIANA MAGALHÃES FERNANDES OLIVEIRA**

## **A CONSTITUCIONALIDADE DO INFORMANTE NO BRASIL**

Trabalho apresentado na Qualificação da dissertação que será submetida como requisito parcial à conclusão do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger.

**BRASÍLIA**

2020

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

## **DEDICATÓRIA**

**Ao meu filho, Felipe, e à minha mamãe.**

## AGRADECIMENTO

Fazer um mestrado, por mais enriquecedor e motivante que seja, não é uma das escolhas mais fáceis que uma pessoa pode fazer na vida, especialmente quando já se possui empregos que demandam bastante. Mas fazer esse mestrado se tornou ainda mais desafiador para mim, em razão do nascimento do meu filho, bem no meio do caminho.

Por isso eu devo esse mestrado à minha família. A minha mãe principalmente. Foi ela quem sempre me apoiou em tudo na vida, em todas minhas escolhas malucas, aos meus acúmulos de responsabilidade, ela quem sempre me acolheu quando precisei. E nesses dois últimos anos precisei muito. Mãe, eu te amo.

Também devo agradecer ao Lipe, minha luz, meu amor. Ter um filho muda a perspectiva de tudo. Se antes o foco da minha vida era bastante claro, hoje já não é mais. Ter uma criança me mostrou que o dia a dia importa mais que celebrações. Os momentos são aqui e agora (e eles passam).

Devo agradecer também ao meu orientador, professor Suxberger. Eu não esquecerei sua compreensão e palavras de incentivo: obrigada! Também aos professores das matérias que cursei. O mestrado mudou a forma como eu enxergo o Direito para sempre. Vincular a existência dos institutos à uma função (analisando suas consequências para a vida das pessoas), embora pareça ser uma intuição bastante natural, não é tão comum assim no mundo jurídico. Assim, meu muito obrigada!

## RESUMO

A dissertação discute as razões jurídicas e políticas pelas quais deve ser admitido o informante no Direito brasileiro. No campo da política pública de combate à criminalidade organizada, especialmente a de natureza econômica e a relacionada à corrupção, será analisada a importância da figura dos informantes para sua efetiva apuração. No que tange à corrupção, serão destacados seus efeitos deletérios, especialmente para os países mais pobres, e a necessidade de que empregados públicos e privados que denunciem atos de corrupção sejam protegidos pela legislação nacional. A partir daí, serão discutidos os motivos pelos quais referidos informantes necessitam de abrangente proteção, dada as severas retaliações que podem vir a sofrer, inclusive contra sua vida; a ausência de incentivos para a denúncia de atos que interessam a toda a sociedade; e quais os elementos que normalmente devem compor uma legislação que pretenda proteger e incentivar denúncias de atos ilícitos. Exposta a necessidade do instituto, será discutida sua constitucionalidade perante os ditames da Constituição Federal, seja quando referido informante atua de forma anônima, isto é, quando todos desconhecem sua identidade; seja quando se trata de informante confidencial, aquele cuja identidade é desconhecida pelo réu e/ou pela defesa. No que se refere ao anonimato, será superada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade das denúncias anônimas, bem como discutida a verdadeira natureza do inciso IV do art. 5º da Constituição. No que diz respeito à confidencialidade, mediante análise de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, será demonstrada de que maneira o direito ao confronto de provas e, de uma forma genérica, o direito à ampla defesa do acusado pode ser flexibilizado, se presentes no caso concreto suficientes medidas de compensação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Informante. Criminalidade Organizada. Corrupção. Proteção e Incentivo. Anonimato e Confidencialidade.

## ABSTRACT

The thesis discusses the legal and political reasons why the whistleblower in Brazilian law should be adopted. In the field of public policy to combat organized crime, especially economic and corruption crimes, the importance of the whistleblowers will be analyzed for an effective investigation. With regard to corruption, its deleterious effects will be highlighted, notably for the poorest countries, and the need of national legislation to protect public and private employees who report acts of corruption. Thereafter, the reasons why informants need comprehensive protection are studied, given the severe retaliations they may suffer, including against their lives; the absence of incentives to denounce acts that interest the whole of society; and which elements should normally be part of legislation that aims to protect and encourage reports of illegal acts. Aware of the institute's relevance, its constitutionality will be examined under the Constitution rules, both when whistleblower acts anonymously, that is when everyone is unaware of their identity; and when it is a confidential whistleblower, one whose identity is unknown to the defendant and/or the defense. Concerning the anonymity, the jurisprudence of the Federal Supreme Court that declared the anonymous complaints unconstitutional will be reevaluated, as well as the true nature of item IV of art. 5 of the Constitution. In respect to confidentiality, by assessing precedents from Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, it will be demonstrated how the right to confront evidence and, in general, the right to the defendant's broad defense can be made more flexible if sufficient compensatory measures are present in the specific case.

**KEYWORDS:** Whistleblower. Organized Crime. Corruption. Protection and Incentives. Anonymity and Confidentiality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1. A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA .....</b>	<b>20</b>
1.1 A globalização de capitais e a tendência de uniformização do Direito.....	25
1.2 Macrocriminalidade e sociedade de riscos.....	27
1.3 Legitimidade do uso do Direito Processual Penal para controle da macrocriminalidade.....	29
1.4 A não criminalização da macrocriminalidade econômica.....	32
1.5 A corrupção no contexto da macrocriminalidade.....	35
1.6 A tradução jurídica de institutos de Direito Processual Penal.....	41
<b>2. O INFORMANTE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA. ....</b>	<b>46</b>
2.1. Por que proteger os informantes de atos de interesse público?.....	48
2.2. Por que precisamos de informantes?.....	52
2.3 Requisitos de uma legislação de proteção ao informante .....	59
2.3.1 Canal de denúncia .....	60
2.3.2 Recompensa .....	62
2.3.3 Mecanismos de proteção .....	63
2.4 O informante confidencial na Lei nº 13.608, de 2018 .....	66
<b>3. A CONSTITUCIONALIDADE DOS INFORMANTES ANÔNIMO E CONFIDENCIAL .....</b>	<b>74</b>
3.1 A vedação ao anonimato e as discussões da Assembleia Constituinte .....	74
3.2 As discussões sobre o anonimato no Supremo Tribunal Federal .....	85
3.3 O direito ao confronto do informante .....	90
3.4 O informante confidencial e a ampla defesa .....	107
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>114</b>

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>117</b>
---------------------------	------------



## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o tema relacionado às denúncias tornou-se especialmente importante em razão da chamada operação Lava-Jato<sup>1</sup>. Por sua vez, há consenso entre os profissionais da área jurídica de que a operação somente obteve resultados tão expressivos em razão do uso indiscriminado da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2013 (SILVA, 2017; SOUZA e PIEDADE, 2018; ALMEIDA e OLIVEIRA FILHO, 2017).

A dificuldade em obter-se provas na seara dos crimes econômicos é conhecida pelos processualistas e criminólogos. Há muitas décadas, Edwin Sutherland (1940, p. 11) já sinalizava que o *modus operandi* dos crimes de colarinho branco dificultava sua apuração. A desorganização das instâncias formais de controle – termo criado pelo próprio Sutherland – em identificar e punir criminosos que fogem ao conceito atávico gera uma cifra negra<sup>2</sup> de difícil mensuração. Os motivos dessa dificuldade são variados (*status* do ‘homem de negócios’; medo e admiração sentidos pela sociedade; não-utilização de recursos penais tradicionais, como a prisão; complexidade intrínseca às infrações; atuação “empresarial” das organizações criminosas; transnacionalidade de crimes; infrações não ostensivas e consensuais; etc<sup>3</sup>) e excedem os limites desse trabalho.

Fato é que um dos méritos da operação Lava-Jato foi justamente jogar luzes sobre o referido *modus operandi* da criminalidade econômica no Brasil e isso se deu em grande parte em razão das colaborações premiadas. Todavia, o uso da colaboração premiada suscita uma série de questionamentos éticos, pois alimentaria

---

<sup>1</sup> Operação Lava-Jato é, muito simplificada, uma grande operação de investigação policial (e posterior processamento e julgamento) dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, entre outros, cometidos pelos diretores das maiores empreiteiras de infraestrutura do país, doleiros e agentes políticos, a exemplo do ex-presidente Lula. O primeiro braço da investigação envidou seus esforços na apuração de crimes cometidos contra o patrimônio da Petrobras, mas há atualmente uma série de desdobramentos da operação investigando outros desvios de recursos públicos. O nome mais importante da Operação é o do ex-juiz federal Sérgio Moro, responsável por grande parte das condenações.

<sup>2</sup> Cifra negra (*dark number*) é uma expressão utilizada pelos criminalistas para denominar os crimes que não foram descobertos e apurados pelo sistema de justiça.

<sup>3</sup> Excelente síntese das características da criminalidade organizada encontra-se em “A colaboração premiada como terceira via do Direito Penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada”, de Marcelo Rodrigues da Silva (2017).

a falta de solidariedade e a traição (BITENCOURT, 2017), circunstâncias que negam a cooperação, enquanto elemento estruturante de qualquer sociedade. É um problema filosófico, mas também prático.

O fato de um comparsa entregar informações da empreitada – ainda que criminosa – ao Estado para obter vantagens, é eficiente de forma imediata para o processo penal<sup>4</sup>, por uma ótica utilitarista de Bentham ou Mill, mas está cercado de considerações morais. Ademais, a incerteza em saber se suas condutas legalmente questionáveis poderão ser descobertas, podem levar os dirigentes a não ousar, mesmo que ainda se situem no terreno da licitude. Em um país onde regras não são claras – destacadamente as que interessam ao desenvolvimento econômico: tributárias, previdenciárias, administrativas, em geral – pequenos desvios empresariais são prováveis.

Ainda resta o problema relacionado à confiabilidade das provas apresentadas pelo colaborador premiado. Enquanto agente racional, considerando o natural interesse em maximizar seu benefício (a liberdade), pode-se afirmar que há uma tendência de o colaborador buscar agradar o órgão acusador oferecendo elementos que aumentem sua própria utilidade (maior redução da pena ou total extinção da punibilidade). Ainda que a Lei exija a fidedignidade das informações da delação, considerando tratar-se muitas vezes de provas indiretas (frequentemente, indícios), o controle do exagero do colaborador parece ser, *ab initio*, prejudicado. É a máxima de quem conta um conto, aumenta um ponto.

Daí exsurge o interesse da legislação brasileira procurar institutos jurídicos que contemplem, ainda que parcialmente, a inegável eficiência da colaboração premiada, mas que não tragam consigo todos os complicadores a ela inerentes. Os ordenamentos jurídicos de diversos países já possuem um dos mais interessantes deles, chama-se legislação *whistleblowing*, que se opta em denominar majoritariamente neste trabalho de legislação do informante.

Parte-se do pressuposto que ainda não existe uma legislação federal *whistleblowing* no Brasil. A recente Lei nº 13.608 (BRASIL, 2018), que *dispõe sobre o*

---

<sup>4</sup> A eficiência da delação premiada já foi objeto de estudo de diversos pesquisadores. Por todos, citamos Cooter e Garoupa (1999), em *The Virtuous Circle of Distrust: A Mechanism to Deter Bribes And Other Cooperative Crimes*.

*serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais*, em especial seus artigos 3º e 4º, apesar de alguns aplausos entusiasmados após as alterações feitas pela Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019), não possui os requisitos básicos de proteção e de incentivo de uma legislação *whistleblowing*, e parece destinar-se apenas às empresas de transportes terrestres que operam sob concessão da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 1º).

Assim, seja por sua origem pouco destinada à efetiva proteção do informante, seja pela falta de diversos elementos que caracterizam uma verdadeira legislação de proteção e de incentivo, não se pode considerar referida Lei um estatuto do informante no país. O ponto mais sensível, por sua vez, relaciona-se justamente ao tema principal do presente trabalho, a necessidade de preservar-se a confidencialidade do *whistleblower* (e o anonimato, por se tratar de institutos diferentes, como se verá mais a frente), impedindo retaliações.

Near e Miceli (1985, p. 4), duas das principais autoridades no assunto no mundo definem *whistleblowing* como: "a divulgação por membros da organização (antiga ou atual) de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas sob o controle de seus empregadores, a pessoas ou organizações que podem ser capazes de efetuar ações" (NEAR e MICELI, 1985, p. 4). Essa definição – ou outras muito semelhantes a ela – tem sido usada em diversas pesquisas para ambientes empresariais (MIETHE, 1999), de saúde (KING e SCUDDER, 2013), organizações sem fins lucrativos (MICELI, NEAR e SCHWENK, 1991), organizações militares (MICELI, NEAR, REHG e VAN SCOTTER, 2012) e agências governamentais (NEAR e MICELI, 2016).

Em artigo especificamente destinado a discutir uma definição do que seja *whistleblowing*, Jubb (1999, p. 77) sustenta se tratar de um ato deliberado e não obrigatório de divulgação de uma denúncia; denúncia essa que se torna pública e é realizada por uma pessoa que tem ou teve acesso privilegiado a dados ou informações de uma organização; sobre ilegalidade ou irregularidade não trivial, real, suspeita ou antecipada que implica e está sob o controle dessa organização; para uma entidade externa com potencial de corrigir a irregularidade.

Diversos conceitos do que seja *whistleblowing* foram elaborados pela literatura, com maior ou menor alcance deste acima narrado, mas todos giram em torno ao menos desses seis elementos básicos: o ato de revelar informações relevantes; um informante deste ato; uma ilegalidade ou irregularidade revelada; uma organização responsável pela ilegalidade ou irregularidade; e, como resultado, o conhecimento do público acerca dos fatos.

A definição do instituto é relevante para a conformação de uma Lei, segundo uma adequada estrutura de incentivos, que buscaremos discutir durante o trabalho. Ademais, conhecer quem deve ser protegido é essencial para saber quais incentivos o movem e, a partir daí, optar por oferecer-lhe ou não proteção legal. Veja-se que o delator premiado reagirá de forma diversa da de um terceiro-inocente, que seja completamente estranho ao crime.

O delator, como vimos acima, já se encontra em um estado inicial crítico. O seu ponto de partida é a probabilidade de condenação. Logo, ao delatar o comparsa, é muito provável que melhore seu ganho ou retorno. A lição é bastante conhecida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, consubstanciada na famosa ilustração do dilema do prisioneiro. O prisioneiro – ou o delator – sempre ganha ao confessar, porquanto necessariamente reduzirá seu tempo de prisão. O que pode variar é o *quantum* do ganho.

Já o terceiro que não participa do crime não tende a melhorar seu estado inicial. Sua tendência, em verdade, é se calar. Diversos estudos e, até mesmo, produções cinematográficas já foram feitos para evidenciar o quão deletéria é a denúncia para a vida do informante de um crime. Apenas à guisa de ilustração, podem ser citados os seguintes filmes: *The Post* (2017); *Serpico* (1973); *All the Presidents Men* (1976); *Snowden* (2016); *Silkwood* (1983); *The Informant* (2009); *The Insider* (1999); *On the Waterfront* (1954); *The Harder They Fall* (1956); *The China Syndrome* (1979); *Prince of the City* (1981); *The Firm* (1993); *Dick* (1999); *Erin Brockovich* (2000); *The Constant Gardener* (2005); *North Country* (2005); *Michael Clayton* (2007); *Breach* (2007); *The Most Dangerous Man in America: Daniel Ellsberg And The Pentagon Papers* (2009); *The Whistleblower* (2010); *Fair Game* (2010); *Semper Fi: Always Faithful* (2012); *We Steal Secrets: The Story Of Wikileaks* (2013).

Ainda que filmes tragam uma representação falseada da realidade, com exageros e reforços no roteiro para atrair interesse dos telespectadores, eles têm o poder de trazer notoriedade a situações que ocorrem à margem do cotidiano dos cidadãos comuns. Ademais, são extremamente hábeis em pontuar críticas às crenças e à ética da sociedade (SUXBERGER, 2017).

Quanto aos estudos que demonstram as consequências da denúncia para o informante, podemos citar, por exemplo: "*Whistleblowing*": a health issue, de KJean Lennane (1993); *The emotional sequelae of whistleblowing: findings from a qualitative study* de Kath Peters, Laurretta Luck, Marie Hutchinson, Lesley Wilkes, Sharon Andrew and Debra Jackson (2011); *Silence is golden? Characteristics and experiences of self-reported whistleblowers*, de Brita Bjørkelo, Ståle Einarsen, Morten Birkeland Nielsen e Stig Berge Matthiesen (2008).

No primeiro estudo mencionado – *Whistleblowing*": a health issue (LENNANE, 1993) –, demonstrou-se que todos os sujeitos daquela amostra sofreram consequências adversas em razão da denúncia. Foram analisados 25 homens e 10 mulheres australianos que ocupavam funções diversas e que foram expostos à corrupção ou atos ilícitos que poderiam causar perigo, ou ambos, ocorridos há alguns meses ou mais de vinte de anos.

Para 29 deles, as retaliações começaram imediatamente após a primeira denúncia interna. Apenas 17 recorreram à mídia. A retaliação no ambiente de trabalho foi extensa: demissão (8 indivíduos), rebaixamento de função (10), e demissão ou aposentadoria por problemas de saúde relacionados à retaliação (10). Apenas 10 mantiveram o emprego, por período integral. Relacionamentos amorosos de longo prazo foram rompidos em 7 casos; e 60 dos 77 filhos de 30 *whistleblowers* foram adversamente afetados. 29 tiveram uma média de 3 a 5 sintomas relacionados ao estresse, no momento inicial, com uma média de 3 a 6 sintomas ainda presentes. Para 15 informantes foram prescritos tratamento com drogas a longo prazo que não haviam sido prescritos antes das denúncias. 17 consideraram o suicídio. O rendimento financeiro foi reduzido em  $\frac{3}{4}$  ou mais para 14 sujeitos. A perda financeira total foi estimada em centenas de milhares de dólares australianos para 17 deles. Os denunciantes receberam pouca ou nenhuma ajuda de autoridades e também modesto apoio de colegas de trabalho. Na maioria dos casos, a corrupção e a imperícia

continuaram inalteradas. O estudo conclui que, embora a denúncia seja importante para proteger a sociedade, a resposta típica das organizações causa problemas de saúde graves e duradouros para os informantes, problemas financeiros e pessoais para si e suas famílias.

No segundo estudo mencionado – *The emotional sequelae of whistleblowing: findings from a qualitative study* (PETERS et al., 2011) – os resultados revelaram que a saúde emocional dos participantes foi consideravelmente comprometida como resultado da denúncia. A análise dos dados revelou as seguintes afirmações dominantes: "Senti-me triste e deprimido": esmagadora e persistente aflição; "Eu tive ataques de pânico e hiperventilação": ansiedade aguda; e "eu tinha tudo isso em mente": pesadelos, flashbacks e pensamentos intrusivos. Concluiu-se que, embora tenha sido reconhecido previamente que a denúncia tem o potencial de produzir impactos negativos em todos aspectos da vida de um indivíduo, o estudo observou a intensidade dos sintomas emocionais sofridos pelos participantes e como a duração prolongada de tempo destes sintomas eram evidentes.

No terceiro estudo – *Silence is golden? Characteristics and experiences of self-reported whistleblowers* (BJØRKELO et. al, 2008) – investigou-se as características dos denunciante, a prevalência e a natureza da denúncia de irregularidades e a ocorrência de retaliações após as denúncias, utilizando-se uma amostra aleatoriamente selecionada e representativa de funcionários noruegueses. Os resultados demonstraram que 12% se autodeclararam como denunciante. Ser sindicalista ou representante estava significativamente relacionado com a realização de denúncia de irregularidades. O delito mais relatado foi o assédio conduzido por um único colega. Os denunciados receberam respostas variadas, de nenhuma sanção à repreensão. Embora a maioria dos denunciante não tenha sido retaliada, eles relataram menor satisfação no trabalho e maior assédio moral. Apenas alguns foram recompensados. Na maioria das vezes, as ações erradas foram interrompidas ou reduzidas. No entanto, a denúncia foi apenas parcialmente eficaz, porque os denunciante relataram falta de *feedback* sobre o resultado da denúncia.

As consequências psicológicas vividas pelos informantes justificam a afirmação de que, ao contrário do colaborador premiado, sua tendência é se calar. O estado inicial em que se encontra é, provavelmente, mais confortável do que seu estado pós-

denúncia. Não se ignora aqui que motivos cívicos, relacionados à ética e a busca de legalidade, também poderão impelir o *whistleblower* a denunciar, ainda que sofra retaliações. Todavia, diversos estudos também apontam que referidos motivos – em especial em sociedades que valorizam menos valores morais (BUGARIN e BUGARIN, 2017, p. 402) – não são suficientes para incentivar as denúncias de atos que interessam ao público.

Assim, uma primeira premissa que podemos apontar neste trabalho – fundamental para o desenvolvimento da tese – é a de que não há incentivos para o indivíduo denunciar. Os incentivos são contrários: não denuncie para não ser retaliado. A lei, portanto, deve considerar mecanismos para alterar o peso sobre os pratos da balança em favor da denúncia.

O informante é um indivíduo que não possui autoridade para liderar individualmente as atividades da organização, pois, se assim o fosse, corrigiria o malfeito por ato próprio. E, embora a legislação de cada país tenha a liberdade para disciplinar de forma diversa (e algumas leis norte-americanas, por exemplo, não excluam do âmbito de proteção o coautor do ato ilícito), defende-se uma política pública brasileira que incentive as denúncias de atos ilícitos de interesse público é que essas sejam feitas por terceiros inocentes, que não tenham um particular interesse na condenação do malfeitor, e que não tenham poder de corrigir a ilicitude. Com efeito, a Lei da colaboração premiada já convive com críticas morais relacionadas à bonificação de um criminoso.

Se o informante não tem interesse em fazer a denúncia (exceto motivos éticos fundamentais e inerentes à formação moral de cada indivíduo) e, partindo do pressuposto inicial de que a criminalidade econômica e a corrupção possuem mecanismos sofisticados e complexos que dificultam sua apuração – e, igualmente, considerando que interessa à sociedade que esses ilícitos sejam descobertos – como fazer para que os informantes superem os riscos da retaliação e denunciem, ajudando a sociedade? O intuitivo, portanto, é que a legislação deva conceder-lhe verdadeira proteção.

O Capítulo 1 do trabalho abordará a tendência de funcionalização do Direito Processual Penal, máxime no que diz respeito ao combate da criminalidade

transnacional. A conexão desse tema com a legislação do informante está justamente no que se refere ao combate de um dos crimes onde a denúncia se revela mais primordial, sob pena de permanecer a ilicitude oculta: a corrupção.

Diversos estudos apontam a corrupção como uma das causas relevantes para o subdesenvolvimento de países, não somente porque de forma imediata subtrai recursos de searas públicas (educação, saúde, infraestrutura, etc.), mas porque causa a erosão dos processos democráticos, afetando a confiança enquanto cola do tecido social (CLAUSEN, KRAAY e NYIRI, 2011, p. 212).

Ademais, a corrupção segue a mesma lógica de racionalidade da criminalidade econômica, chamada também de “colarinho branco”. As violações das leis pelos importantes ‘homens de negócios’ (expressão emprestada novamente de Sutherland) são complexas e produzem efeitos difusos. A complexidade está não somente nos elaborados mecanismos de ocultação e dissimulação da atividade criminosa, que se desenvolvem em vários passos, se protraí no tempo e envolve quase sempre um grupo de — interpostas— pessoas, blindando o malfeitor; mas também na própria interpretação dos conceitos legais. Os efeitos difusos da corrupção – atingindo a coletividade, e não um ou outro indivíduo determinado – também contribui para a desorganização na reação criminal. Referidas características são comuns aos crimes econômicos e à corrupção em qualquer parte do mundo.

O capítulo 1 abordará, portanto, a funcionalização do Direito Processual Penal, demonstrada pelos diversos instrumentos multilaterais e bilaterais assinados pelo Brasil nos últimos anos, com foco no combate à corrupção, terrorismo, tráfico de drogas e sonegação tributária – a exemplo do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) – Decreto nº 8.506 (BRASIL, 24 de agosto de 2015), e a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais (BEPS) – Decreto nº 8.842 (BRASIL, 29 de agosto de 2016).

Destaca-se, também, a existência do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (*Financial Action Task Force*, Gafi/FATF), no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), enquanto organização intergovernamental cujo propósito é



promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

As consequências aos países que descumprem as resoluções do Gafi são variadas, desde danos à imagem aferidos mediatamente, até impactos econômicos imediatos, em razão da adoção de políticas defensivas por parte das instituições financeiras globais e dificuldades em transacionar em âmbito internacional público.

Ante a integração mundial, os avanços tecnológicos e da comunicação, se observará que referida tendência de enfrentar a criminalidade de forma integrada é um caminho sem volta. E, no ponto, os temas relacionados ao processo penal se tornam igualmente globais, razão pela qual também abordaremos no mesmo Capítulo 1 o relevante tema do transplante de institutos jurídicos.

A partir da perspectiva de Langer (2017, p. 20), será demonstrado que institutos podem ser deslocados para novos sistemas jurídicos por meio de um processo de tradução legal, e não de mero recorte. Analisada a cultura processual pertinente ao país, é possível ressignificar institutos, compatibilizando-os com o ordenamento de vigência. É o que se proporá para a legislação brasileira no que tange à efetiva confidencialidade do informante.

Já o Capítulo 2 do trabalho abordará especificamente a figura do informante, elencando os custos implícitos relacionados às retaliações no ambiente de trabalho. Para demover o informante do seu instinto de autopreservação, a legislação deve conter incentivos igualmente relevantes. Assim, serão expostas as razões pelas quais devemos proteger informantes de atos ilícitos por meio de uma legislação bastante abrangente, dada a série de retaliações que estes podem vir a sofrer.

No mesmo capítulo, será discutido o conteúdo mínimo de uma legislação, tendo como parâmetro a recente Diretiva da União Europeia sobre o tema (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019). No cotejo, será analisada a Lei nº 13.608 (BRASIL, 2018) que introduziu a proteção ao whistleblower em nosso país.

O cerne principal do trabalho, e seu conteúdo mais útil, contudo, é a efetiva confidencialidade de dados da pessoa do informante, bem como a possibilidade de total anonimato, a serem discutidas no Capítulo 3. O ponto será analisado mediante

interpretação histórica da garantia prevista no art. 5º, inciso IV, da Constituição – sendo abordada a discussão levada a efeito pela Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte – e também pela ótica do Direito Internacional Público. Ainda que, em último grau, a decisão sobre a constitucionalidade dos institutos seja prerrogativa soberana do Brasil, o país deve saber as consequências que a decisão de seus Tribunais pode acarretar no ambiente transnacional.

O Capítulo também destacará a chamada cláusula de confrontação. Pela cláusula estar prevista no art. 8º, nº 2, alínea ‘f’ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), existem alguns julgados sobre o tema na Corte que enfrentam de forma bastante aprofundada a legislação de dois países que admitem informantes confidenciais (Chile e Peru). A temática também encontra ressonância nos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em razão do próprio histórico de formação dessa Corte, motivo pelo qual também serão citados precedentes do Tribunal, discutindo-se o art. 6º, *d*, da Convenção.

Com efeito, os dois julgados da CIDH, *Norín Catrimán e outros versus Chile* (2014) e *Pollo Rivera e outros versus Peru* (2016), serão analisados para destacar-se como a Corte enfrenta legislações nacionais que preveem a reserva de identidade da testemunha ameaçada, destacadamente quais as medidas de compensação exigidas para salvaguardar o direito de defesa do investigado. Igualmente, os dois julgados do TEDH, especialmente o *leading case Doorson versus The Netherlands* (1996) – caso em o advogado do réu teve apenas a oportunidade de fazer perguntas às testemunhas confidenciais, mas não era sabedor de suas identidades, essas de conhecimento tão somente do juiz – servirão para corroborar a tese de que, mediante ponderação de princípios, o direito de confrontação do réu, decorrente dos seus direitos à ampla defesa e ao contraditório, poderá ser flexibilizado para admitir-se o sigilo de identidade do informante.

Se argumentará, portanto, que – quanto ao informante confidencial – a *confrontation clause* não veda a confidencialidade de sua identidade, desde que observadas medidas de compensação para atenuar o prejuízo à ampla defesa do acusado.

Já quanto ao anonimato do informante, para discutir-se se é constitucional, partir-se-á da premissa de que o informante anônimo é um meio para obter-se futura prova penal e não a fonte original dessa prova. Será aprofundada a lição de que o informante anônimo não vale pelo que alega, direta e pessoalmente, mas pelo conteúdo probatório que indica e que deve ser confirmado. Trata-se do mero mensageiro da notícia de crimes, sendo interesse do Estado e da sociedade apurá-los.

Um dos pontos mais importantes a ser defendido é que o anonimato se distingue da confidencialidade, uma vez que, no primeiro instituto, nenhuma das partes processuais é sabedora da identidade da fonte. Na proteção da confidencialidade, por sua vez, uma ou mais partes processuais sabem a identificação do informante (ex. órgão acusador e/ou juiz) todavia, a depender do modelo adotado, a identidade do informante pode não ser de conhecimento da defesa. De todo modo, ambos os informantes – anônimo ou confidencial – são constitucionais.

Ademais, as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do âmbito de proteção da garantia do art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal – vedação ao anonimato –, serão examinadas, para se concluir que o Tribunal desconsidera em seus julgados que o dispositivo foi inserido na Constituição para limitar o alcance do Direito à liberdade de expressão, e não propriamente para nortear investigações criminais.

Já a problemática da confidencialidade do informante, a toda evidência, enfrentará necessariamente os conflitos constitucionais entre o direito à vida das testemunhas e à ampla defesa dos investigados, para se concluir que essa última pode, de fato, ser flexibilizada, se existentes suficientes medidas de compensação.

A metodologia empregada na dissertação será jurídico-compreensiva ao se investigar a dogmática das categorias processuais penais e suas finalidades precípuas (GUSTIN, 2010, p. 28).

## **CAPÍTULO 1 A funcionalização do Direito Processual Penal para o combate à criminalidade organizada**

A proteção aos informantes está prevista nas principais convenções multilaterais de combate à corrupção no mundo. Mencione-se a Convenção de Nações Unidas no Combate à Corrupção – Convenção de Mérida (BRASIL, Decreto nº 5.687, 2006); a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, Decreto nº 3.678, 2000); a Convenção Interamericana contra a Corrupção (BRASIL, Decreto nº 4.410, 2002).

São todos instrumentos relativamente recentes, porquanto, apenas nas últimas décadas, amadureceu-se a ideia de que a corrupção, a par de agravar a estruturação político e econômica dos países, em especial os em desenvolvimento, exige instrumentos transnacionais para um eficiente combate no mundo globalizado. O ponto será aprofundado mais à frente.

As referidas convenções internacionais foram fruto do trabalho de diversos organismos multilaterais e organizações não governamentais (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE; Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF); Conselho Europeu e seu braço Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO); Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC); Banco Mundial; Transparência Internacional (TI), etc.), a partir de estudos que apontam a importância de que alguns instrumentos jurídicos contra a corrupção fossem adotados pelos países, em especial os em desenvolvimento.

A preocupação de referidos organismos, todavia, não se ateve tão somente no que diz respeito ao crime de corrupção. Em verdade, todos os crimes que possuem uma base econômica e que – para o sucesso da empreitada – necessitam de mecanismos de ocultação de dinheiro, são objeto da mesma preocupação. No ponto, a importância do combate à lavagem de dinheiro ou ao branqueamento de capitais é central para o desbaratamento da criminalidade organizada. Descobrir onde está o dinheiro é reaver o produto do crime e, ao mesmo tempo, conhecer quem o financia.

Por sua vez, o processo penal é essencial – como operador tático – para o sucesso deste combate.

É necessário asseverar novamente que o tema do presente trabalho está inserto dentro da discussão acerca da autonomia do Direito frente a necessidades políticas, sociais e econômicas. O que já se revela claro, desde já, é que a discussão acerca da criminalidade organizada – e dos males gerados pela corrupção, em especial – demanda que a jurisdição seja vista por uma perspectiva eminentemente instrumental, funcionalista, e por tal razão, mutável. O tempo transforma o Direito, sob pena deste se tornar mouco.

Todavia, não será objeto do trabalho a discussão filosófica acerca da pureza do Direito, sua autossuficiência e a inconveniência de ser olhado pela perspectiva econômica (ESPINDOLA e SAGOI, 2017). Referido aprofundamento considera-se muito além dos limites da pesquisa. Como já observado na introdução, adota-se uma visão mais consequencialista do Direito, pois instrumento fundamental para controlar comportamentos nocivos à sociedade, desde que respeitadas as garantias individuais dispostas nas cartas constitucionais.

É certo que, nas últimas décadas, grupos organizados locais, vinculados por laços familiares e de amizade, foram dando espaço a uma criminalidade mais sofisticada, envolvendo indivíduos de mais de um país. A conexão se faz por mecanismos tecnológicos, se utiliza de múltiplas identidades e despreza fronteiras físicas.

Daí que, a partir da ascensão da criminalidade organizada, a doutrina de Direito Processual Penal no mundo se viu diante de instrumentos muitas vezes obsoletos, como o flagrante delito, as declarações do ofendido, o reconhecimento de pessoas e coisas, os exames periciais de local de crime, etc. Outras técnicas de investigação, o intenso emprego de atividades de inteligência, de monitoramento das comunicações, a interdisciplinaridade e as ações conjuntas de órgãos públicos – formando as chamadas “forças-tarefas”, destacadamente quando necessários para perseguir o rumo do dinheiro, se revelaram imperiosas (MUGGAH, 2017). Os países que não observaram isso, se tornaram *locus* de impunidade e destino de organizações criminosas.

Stiglitz e Pieth (2017) lembram que no âmbito do escândalo denominado *Panama Papers* não somente lançou-se luzes sobre o funcionamento dos paraísos fiscais – enquanto destinos da evasão fiscal, ante as vantagens tributárias oferecidas – mas também sobre como essas estruturas *offshores* são utilizadas para a ocultação de crimes, como corrupção e apropriação indébita, inclusive de chefes de estados.

Os autores asseveram que as estruturas desses paraísos fiscais necessitam de fiduciários, em geral advogados, tipicamente em um contexto de baixa regulamentação (inclusive processual penal), e que usam o privilégio da relação advogado-cliente para encobrir a identidade dos clientes. Mencionam o exemplo de um cliente do escritório de advocacia panamenho que seria suposto chefe de uma quadrilha de prostituição infantil na Rússia cujos membros sequestravam, estupravam e vendiam meninas órfãs (STIGLITZ e PIETH, 2017, p.10)

Dentro desse contexto, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a chamada Convenção de Palermo (BRASIL, Decreto nº 5.015, 2004). A Convenção de Palermo se preocupou em proteger as testemunhas contra eventuais atos de represália ou de intimidação, inclusive mediante o impedimento e restrição da divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro (artigo 24).

A referida Convenção é um ato multilateral que também reconheceu que o eficiente combate ao crime organizado necessita de técnicas especiais de investigação (como entregas vigiadas, a vigilância eletrônica e as operações de infiltração). E a preocupação central deste instrumento – e dos demais citados – é a destinação do produto do crime, bem como a possibilidade de seu confisco.

É o dinheiro quem move o crime organizado, seja a corrupção (maior foco de preocupação do presente trabalho, dado o contexto brasileiro), mas também o terrorismo, o tráfico de drogas, de pessoas, a pedofilia e a sonegação tributária. Referida conclusão não é desconhecida pelos países ao menos desde a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (BRASIL, Decreto nº 154, 1991), que, em seu artigo 3.1, alínea “b”, já previa a obrigação da criminalização da lavagem de dinheiro pelos países membros.

São diversos os estudos que apontam que organizações criminosas são hábeis a minar político, social e economicamente as nações, especialmente as mais frágeis democraticamente, em razão da capacidade de utilizar-se de referidos recursos financeiros para corromper agentes públicos e instituições (WILLIAMS, 2002; BAILEY e MATTHEW, 2009; BUSCAGLIA e DIJK, 2003). Mas além disso, reconhece-se que o crime organizado transnacional é uma ameaça à ordem global (SHELLEY, 1995, p. 2)

E, atualmente, tendo em vista que as instituições financeiras são interconectadas – e os ‘paraísos fiscais’ encontram-se cada vez mais sobre pressão para identificação de operações e depositantes suspeitos (STIGLITZ e PIETH, 2017) – é realmente factível que organizações criminosas sejam identificadas e desbaratadas a partir dos rastros financeiros.

Veja-se o *Foreign Account Tax Compliance Act* (BRASIL, Decreto nº 8.506, 2015) assinado entre Estados Unidos e Brasil, e a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais (BRASIL, Decreto nº 8.842, 2016). Referidos tratados permitem o célere compartilhamento de informações fiscais por parte dos estados-membros signatários. Considerando que os bancos (e paraísos fiscais) devem prestar informações detalhadas às autoridades fazendárias de cada país-sede, sob pena de sanções, os tratados oferecem uma fonte quase inesgotável de dados financeiros que permitem estabelecer conexões para a descoberta de crimes.

Destaca-se, também, a existência do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (*Financial Action Task Force*, Gafi/FATF), no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), enquanto organização intergovernamental cujo propósito é promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Entre as 40 recomendações do Gafi aos países cooperantes, estão: criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo (nº 3); adotar medidas semelhantes às estabelecidas na Convenção de Viena, na Convenção de Palermo e na Convenção para Supressão do Financiamento

do Terrorismo para permitir que suas autoridades possam confiscar bens lavados, produtos ou instrumentos usados no crime e bens de valor equivalente (nº 4); obrigar as instituições financeiras a manter, por pelo menos cinco anos, todos os registros necessários de transações (nº 11); obrigar as instituições financeiras a adotar medidas especiais de diligência em relação às pessoas expostas politicamente (PEPs) (nº 12); estabelecer unidade de inteligência financeira (UIF) (nº 29); garantir que as autoridades de investigação e de aplicação da lei designadas sejam responsáveis por investigações de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo dentro da estrutura nacional ALD/CFT (nº 30); assegurar que as autoridades competentes ao conduzirem investigação tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas. Tais técnicas incluem: operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais e entrega controlada. Além disso, os países devem possuir mecanismos efetivos para identificar rapidamente se as pessoas físicas ou jurídicas são titulares ou controlam contas. Deveriam também possuir mecanismos para garantir que as autoridades competentes tenham algum procedimento para identificar ativos sem notificação prévia do proprietário (nº 31); etc.

As retaliações aos países que descumprem as recomendações do Gafi são variadas, desde a possibilidade de exclusão do grupo e de outros organismos internacionais importantes, como o G20, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial (VALOR ECONÔMICO, 2018); danos à imagem, aferidos mediatamente, máxime em razão da periodicidade com que as legislações internas dos países são examinadas – três vezes ao ano, para as jurisdições consideradas de alto risco (FATF, 2019); até impactos econômicos imediatos, em razão da probabilidade da saída de capitais e das dificuldade de novos investimentos; do cortes da nota nas agências de crédito; dos obstáculos para transacionar no âmbito internacional e da negativa de obter-se empréstimos por parte de instituições financeiras que operam globalmente.

Assim, em razão do tratamento global que foi sendo dado ao tema nos últimos anos, crê-se tratar-se de uma tendência sem retorno a união de países para combater o crime de forma integrada. Essa tendência, todavia, impõe aos países que, internamente, adotem instrumentos processuais penais que permitam descobrir a autoria e materialidade de crimes intrinsecamente complexos, sob pena de



inoperância dos seus sistemas investigativos. Essa é a razão pelo qual nosso ordenamento deve se ajustar para receber novos instrumentos jurídicos, a exemplo do informante confidencial, constante das Convenções Internacionais supramencionadas.

O mundo nas últimas décadas se modificou. A globalização e as novas tecnologias dão o contorno de uma realidade muito distante daquela em que se baseou o Direito, destacadamente o Penal e o Processual Penal. A observância desse cenário é essencial para o controle do crime organizado e, não somente isso, é necessário para que os países em desenvolvimento tenham efetivas possibilidades de crescimento econômico e institucional, conforme se verá mais adiante.

### **1.1 A globalização de capitais e a tendência de uniformização do Direito**

Além da tendência de funcionalização, existe uma tendência conexa de uniformização de alguns instrumentos do Direito. Nos últimos anos, a transformação da sociedade, a revolução das comunicações, a globalização – em relação à facilidade no trânsito de pessoas e no fluxo de informações – foi impondo aos países grandes modificações legislativas para que alguns assuntos passassem a ser tratados uniformemente.

É fácil observar o fenômeno no que diz respeito ao mercado financeiro. Padrões internacionais são adotados pelas bolsas de valores como pré-requisito para funcionamento e comercialização de ativos. As próprias empresas que buscam abrir seu capital precisam atender a uma série de normas contábeis nacionais, cuja origem está justamente em normas internacionais (LEMES e OLIVEIRA, 2011). Com efeito, a uniformidade normativa facilita as transações comerciais.

Como já advertido por Milton Friedman (1980), com a anedota da fabricação de um lápis – embora o processo produtivo da madeira que compõe o exterior do produto, o chumbo que constitui o grafite, a borracha que está em sua ponta, a tinta que colore cada parte do objeto sejam possivelmente provenientes de dezenas de países – não é necessário que os cidadãos desses países falem a mesma língua ou

tenham a mesma história ou religião ou qualquer outro laço que os una. Somente é necessário que queiram transacionar. Mas, a soma de diversas leis de diversos ordenamentos, algumas possivelmente conflitantes entre si, obstaculizam as transações financeiras. A solução mais intuitiva possível para facilitar a circulação de riqueza é justamente a uniformização de regras.

Um outro elemento, todavia, sobressai desse mesmo fenômeno. Riquezas, em geral, são móveis. A propriedade imóvel foi perdendo importância, ao tempo em que a manifestação de riqueza foi se tornando intangível com o passar dos anos. Uma bomba pode destruir uma cidade que abriga parte das histórias das nações – como recentemente ocorreu com a cidade de Palmira, na Síria, onde havia construções do ano 32 d.C., mas uma bomba não destrói ações de empresas ou debêntures ou *bitcoins*, ao menos não no mundo físico e não imediatamente.

De outro lado, a intangibilidade dos ativos, como marca da sociedade moderna, acarreta algo de irrealidade e irresponsabilidade. A crise das *subprimes* de 2008 nos Estados Unidos da América – e posteriormente no mundo – é exemplo disso. Muito simplificada, a crise originou-se com a queda do índice norte-americano Dow Jones em razão da insolvência de importantes bancos de investimentos que concederam empréstimos hipotecários de alto risco (os *subprimes*) a consumidores que não poderiam arcar com o preço, durante anos. Com a quebra dos primeiros bancos de investimentos, seguiu-se o risco de quebra de dezenas de instituições financeiras centenárias, a exemplo do Lehman Brothers – que efetivamente faliu.

Tratando-se de um mercado altamente globalizado, a crise da bolsa norte-americana repercutiu sobre as demais bolsas de valores do mundo em um típico efeito dominó ou em cadeia. Lembre-se que uma instituição financeira é credora/devedora de diversas outras instituições financeiras, de milhares de empresas e de pessoas físicas. Para evitar uma quebra geral – e uma catástrofe financeira e social sem proporções – o banco central norte-americano teve que intervir e conceder empréstimos de 700 bilhões de dólares aos bancos (BBC, 2009). A crise, em um mundo com credores e devedores sem fronteiras, gerou fortes crises no mundo todo.

Assim, observando que os danos em um mercado financeiro não se podem delimitar a um território, de fato, faz bastante sentido uma normatização uniforme da

prevenção de riscos e da reparação de danos de maneira global. Os mais sérios prejuízos que a sociedade poderá enfrentar hoje não irão se localizar no domínio de um só país.

A globalização, acompanhada da transformação da criminalidade organizada, põe em cheque a ideia de nação estado-nação, pois a ação em um país repercute naturalmente nos demais. Assim, uma política pública bem-sucedida em combater crimes transnacionais com origem econômica exige a harmonização, ao menos, da legislação internacional empresarial e bancária, sobre valores mobiliários, tributária e afetas à extradição, de modo a reduzir as oportunidades de atividades criminosas e minimizar a infiltração dos grupos transnacionais em negócios legítimos (SHELLEY, 1995, p. 14).

A OCDE publicou um extenso estudo sobre o crime organizado transnacional e países ditos “frágeis” (OECD, 2012). Um dos aspectos abordados no estudo é a capacidade de o crime organizado erodir a habilidade do país de entregar serviços públicos; de causar danos à legitimidade estatal e aos processos de reedificação das instituições; e de afetar processos de pacificação social. Três países foram escolhidos para estudos de caso: Tajiquistão, El salvador e Quênia. Em todos eles, grupos criminosos, utilizando-se da corrupção, encontravam formas simbióticas de usar as instituições públicas para tolerar ou cometer crimes (OECD, 2012, p. 23).

Na seara dos crimes organizados transnacionais, não se fala em homicídios passionais ou não premeditados, ou mesmo em delitos contra o patrimônio individual. Essas transgressões acompanham a história desde o segundo *homo sapiens*. A tendência de uniformização em questão – e de funcionalização dos instrumentos processuais – diz respeito destacadamente a uma criminalidade com fins econômicos, em razão do cerne de ação estar na busca pelo dinheiro. Trata-se de uma macrocriminalidade, termo que se optará por usar majoritariamente nesse trabalho (LIRA, 1995).

## **1.2 Macrocriminalidade e sociedade de riscos**

O sociólogo alemão Ulrich Beck foi um dos primeiros estudiosos a tratar a sociedade moderna como uma sociedade de riscos. Embora o autor tenha sofisticado as bases de sua teoria em momentos posteriores, muito basicamente defendia que as sociedades contemporâneas são moldadas por novos tipos de riscos e que suas fundações são marcadas pela antecipação de catástrofes globais (BECK, 2008, p. 2).

Os riscos globais possuiriam três características: 1. Deslocalização: suas causas e consequências não seriam limitadas a uma posição ou espaço geográfico, a exemplo do que ocorre nas crises financeiras globais, ou nos ataques cibernéticos contra os usuários de um aplicativo social, como o *Facebook* ou *Instagram*; 2. Incalculabilidade: suas consequências são, em princípio, incalculáveis, a exemplo das tragédias ambientais, como o acidente nuclear de Chernobyl; o rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho; 3. Não-compensabilidade: a 'primeira' modernidade teria acreditado ser possível tornar as consequências inseguras e os perigos das decisões sempre mais controláveis; assim, acidentes poderiam ocorrer, contanto que fossem considerados compensáveis globais (2008, p. 2). Contudo, a modernidade contemporânea viu-se diante da impossibilidade de compensar danos, em razão de sua irrevogabilidade.

Se antes os riscos eram individuais e locais, passaram a ser coletivos e globais. Do mesmo modo, as vítimas seriam quase sempre coletivas ou difusas. Assim, não sealaria tão somente em uma insegurança objetiva, em razão do aparecimento de novos riscos, mas também em uma insegurança subjetiva, pois estes riscos se distribuiriam indistintamente entre cidadãos anônimos que não possuiriam a mesma capacidade de reação de um grupo determinado (SOUZA, 2011, p. 127).

A pergunta natural que exsurge quando se expõe este cenário de riscos globais e não compensáveis, é saber como evitá-los. Se há risco para o mundo como se conhece hoje, a reparação integral não se mostra realmente factível, assim, a única alternativa bastante adequada seria a prevenção, isto é, o impedimento da ocorrência desse dano.

Todavia, as dificuldades para a prevenção estão nas formas legalmente conhecidas de controle do comportamento dos indivíduos para que não cometam danos que afetem outrem. Parte-se da ideia de que, em geral, o ser humano é

individualista, tenta maximizar seu bem-estar e seu lucro; para maximizar seu lucro, pode ser que descumpra a Lei; mas se descumprir a Lei e causar um gravíssimo dano, sua punição pode não ser o bastante para compensar a tragédia que criou.

Assim, se os bens protegidos interessam a toda a uma comunidade, se são verdadeiramente escassos, e se o poder de convencimento e disponibilização de informação não bastam para moldar a ação de infratores, não restam outras formas de neutralização do comportamento oportunista do que a coerção. Por sua vez, a mais eficiente forma de neutralização da ação do infrator (não em termos de custos), é a eliminação do causador do dano em si, todavia, sendo a pena de morte rechaçada pela maior parte dos países democráticos, exsurge a possibilidade de prisão.

Assim, a ideia de trazer o Direito – e seu braço de intervenção mais forte, o ramo penal – para mudar a rede de incentivos que move o infrator de crimes que causam danos irremediáveis e coletivos – como os macroeconômicos e os ambientais – surge com uma ideia natural. Resta saber se é legítimo elevar os custos do infrator por meio do Direito Penal.

### **1.3 Legitimidade do uso do Direito Processual Penal para controle da macrocriminalidade**

Quanto à legitimidade do uso do Direito Penal e do processo penal para combater a criminalidade econômica, vale a pena trazer a lume as lições de Edwin Sutherland.

Ainda em 1939, muito antes de se falar em sociedade de risco ou de *subprimes*, o criminólogo se propôs a estudar os delitos praticados em (e por) grandes empresas. Naquela época, alguns anos após a grande depressão (1929) e sob vigência do *New Deal*, falava-se muito em intervencionismo econômico, atividade econômica e financeira encabeçada ou regulada pelo próprio Estado para auxiliar na redistribuição da riqueza (NEVES, 2011, p. 52). A corrente era contrária ao liberalismo outrora vigente, pois concluía que o *laissez-faire*, a abstinência do Estado no dever de intervir na economia, gerou graves iniquidades na sociedade. Passou-se a entender

que, para reduzir a desigualdade de renda na sociedade norte-americana, era necessária a participação do Estado e, para arcar com os custos advindos dessa participação, era necessário quem alguém pagasse por eles.

Essa política econômica, portanto, influenciou a edição de leis tributárias, cambiárias e reguladoras. Como não poderia ser diferente – dado como premissa o fato que o indivíduo sempre tenta maximizar seu bem-estar – essas novas regras estatais, a grande intromissão do Estado nas atividades econômicas, sem o controle e vigilância necessários, gerou uma aproximação perniciosa entre homens de negócio (donos do dinheiro – o principal) e agentes políticos (donos da regra do jogo, criadores das políticas públicas – os agentes).

A posição de intervenção do Estado em relação à economia associada aos benefícios – financeiros e políticos – que poderiam ser percebidos pelos empresários ao se aproximarem dos agentes estatais foi formando o contexto de uma criminalidade de natureza econômica, a citada macrocriminalidade (LIRA, 1995).

Para Sutherland não haveria uma verdadeira distinção entre a infração à lei perpetrada por um criminoso de colarinho branco e por um criminoso “pouco endinheirado” (SUTHERLAND, 1940, p. 2). Ambos desrespeitavam a norma jurídica. Já naquela época, Sutherland observou que os danos causados pelos empresários eram de dimensão muito mais importante, do que delitos cometidos contra o patrimônio individual (furtos ou roubos). Assim, não deveria haver uma distinção moral entre ambos. Uma outra razão seria o motivo do sistema de justiça criminal norte-americano não perseguir os primeiros criminosos apropriadamente e não utilizar a prisão como instrumento de dissuasão.

Buscando negar a teoria bioantropológica do crime – baseada em dados das agências criminais, enviesados, portanto, *ab initio* – Sutherland observou as algumas principais empresas norte-americanas. Seu estudo demonstrou que mesmo quando atuaram contrariamente à lei, homens de negócio ou não eram levados a julgamento ou, quando levados, não eram submetidos à pena de multa, prisão ou morte, ao contrário de pessoas de classes baixas (SUTHERLAND, 1940, p. 8). Com base neste conhecimento empírico, concluiu-se que realmente os tribunais não usavam as mesmas regras penais para empresários e para pobres.

Concluiu-se que quem usava colarinho-branco, embora se enquadrasse em categorias penais muito parecidas aos dos delitos tradicionais, não recebia o mesmo tratamento do sistema de justiça criminal (SUTHERLAND, 1940, p. 8). Sutherland antecipou a percepção de que os crimes cometidos por esses criminosos de colarinho-branco utilizavam-se de ocultações, dissimulações, ardis, organização, planejamento detalhado e mecanismos especiais para não serem. A complexidade está não somente nos elaborados mecanismos de ocultação e dissimulação da atividade criminosa, que se desenvolve em vários passos e se protraí no tempo, mas igualmente pelo envolvimento de interpostas pessoas, que blindam o malfeitor, os conhecidos laranjas.

Começava a nascer com o autor o conceito de organizações criminosas. Igualmente, começava a nascer a necessidade de o ordenamento proteger os *insiders* daquelas organizações que estivessem dispostos a revelar seu modo de atuação. Como observado por Sutherland, o *modus operandi* dos empresários corruptos e dos agentes públicos corruptores naturalmente obstaculiza a descoberta dos atos ilícitos. Assim, a proteção de delatores, testemunhas e de informantes, desde aquela época, já era vista como um necessário instrumento de combate às estruturas da criminalidade econômica.

Por outro lado, Sutherland conseguiu observar que essa criminalidade de colarinho branco causava danos muito mais severos que os de criminosos comuns (1940, p. 4). Dado o ambiente em que vivem, os contratos que celebram, as pessoas que conhecem, enfim, em razão do alcance das suas possibilidades, a capacidade de manipular o sistema e modificar regras do jogo para seu próprio benefício se tornava muito evidente. A corrupção desvia o foco do interesse público para os interesses privados. A perda para a sociedade se revela manifesta.

Sendo o combate à macrocriminalidade justificável e legítimo, por ser tão ou mais deletéria quanto os crimes comuns, como roubos ou tráfico de drogas, é necessário pesquisar a razão do Estado não os perseguir de forma veemente. A teoria de Sutherland sobre os crimes de colarinho branco também oferece parcialmente a resposta.

#### 1.4 A não criminalização da macrocriminalidade econômica

O maior influenciador de Sutherland foi o sociólogo francês Gabriel Tarde, criador das teorias da aprendizagem social, também conhecidas por *social learning*. Para Tarde, a atividade criminosa, assim como qualquer outra, requer um aprendizado reiterado para ser assimilado e reproduzido. O fenômeno social da criminalidade, seja ela de qualquer natureza, se explica, portanto, pela imitação de um comportamento em determinado grupo social onde aquele comportamento é valorizado (NEVES, 2011, p. 52).

Assim, falar-se em “criminoso nato”, portador de patologias físico e psíquicas, como a escola bioantropológica defendia, seria completamente inadmissível. Todo ambiente social poderia gerar criminosos.

A teoria criada por Sutherland, por sua vez, era um subtipo da teoria de Tarde e chamava-se associação diferencial (SUTHERLAND, 1949, p. 11). Ela também compreenderia que o comportamento criminoso é consequência de um processo de aprendizagem, um processo que se produz por meio da interação e do contato repetitivo com os outros agentes que cometem o mesmo tipo de crime. A diferença estaria no processo de comunicação que seria central para Sutherland, desenvolvido especialmente no meio de um grupo, como família e amigos (NEVES, 2011, p. 50).

Ademais, o delinquente reproduziria os motivos do crime levando em consideração a interpretação favorável ou desfavorável do grupo em relação ao dever de obedecer ou não a Lei (SUTHERLAND, CRESSEY e LUCKENBILL, 1995, p. 66). Assim, a influência do grupo não se restringiria apenas à escolha de cometer crimes, mas às escolhas sociais em geral. A escolha de ser ou não criminoso, traficante por exemplo, seria como a escolha de se vestir de determinado modo, ou de ser ou não de determinado grupo religioso da comunidade (igreja universal, grupo carismático da igreja católica, grupos espíritas). Seria um processo de escolha e de aprendizagem, influenciado por meio da comunicação e da opinião positiva ou negativa do grupo em relação a algo (ex: ter tatuagem, usar *piercing* ou boné)



Contudo, os criminosos da alta classe socioeconômica, por serem de “colarinho-branco”, não se considerariam verdadeiramente criminosos. Atribuem sua ganância e avidez ao contexto de intensa competição onde convivem, justificam o ilícito como instrumento de desenvolvimento social e geração de empregos (LIRA, 1995, p. 84). Ademais, seriam marca dos crimes de colarinho branco serem cometidos por pessoas capacitadas, que utilizam suas habilidades de planejamento para realizar empreitadas criminosas complexas, dificultando a reação penal do Estado.

Trata-se de uma dificuldade intrínseca da perseguição criminal, porquanto os conceitos penais de corpo de delito e de flagrante nem sempre se aplicam da mesma forma como nos crimes que deixam vítimas (cruentos) e provocam danos perceptíveis no mundo físico. Mesmo a viabilidade de provas diretas seria dificultada. Uma prova pericial do crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, demanda muito mais tempo e dedicação do que o laudo de identificação de uma substância entorpecente ou de balística.

Mas não são somente os criminosos de colarinho-branco que não se consideram criminosos. Uma das características da macrocriminalidade é justamente a indiferença da sociedade como um todo que não se organiza para combatê-los (SUTHERLAND, 1940, p. 11). Juízes, promotores, advogados se identificam com esses respeitáveis homens de negócios, que se parecem muito com eles próprios, pois são conhecidos de conhecidos, frequentam os mesmos lugares, tem interesses e gostos em comum.

Assim, uma das características da macrocriminalidade econômica é a aproximação dos seus autores em relação aos seus investigadores. As agências formais de controle – polícia, sistema de justiça e administração penitenciária – também preferem perseguir os crimes cometidos pelas classes mais baixas. Mesmo quando previstos como crime (tipificação enquanto criminalização primária), há uma grande dificuldade no processo de criminalização secundária (investigação e julgamento).

Ademais, o problema da perseguição criminal dos crimes de colarinho-branco não diz respeito somente às dificuldades das instâncias formais de controle penal em conseguir fugir do estereótipo do criminoso comum, mas também às características

dos resultados causados por esses crimes, como mencionado acima. As pessoas reagem diante dos crimes de colarinho-branco com alguma indiferença e neutralidade moral, também porque os crimes ditos comuns – que causam dano direto, imediato e concreto a uma vítima real e identificada, como homicídio e roubo – provocam percepção imediata pelos sentidos e, por isso, maior reação social do que os crimes que causam um dano indireto, mediato e abstrato, onde a vítima é impessoal, anônima ou apenas identificável.

Essa neutralidade e dificuldade de reação podem igualmente ser explicadas pelos estudos de economia comportamental. Com efeito, nossos sentidos e nossa percepção não são confiáveis e o ser humano é, em verdade, extremamente irracional quando está diante de situações complexas (THALER e SUNSTEIN, 2008). Ademais, a percepção, a consciência, de que se comete um fato criminoso é central para sua correta dissuasão e repressão. Crê-se ser essa uma outra razão para a baixa reprovabilidade social dos crimes econômicos, mesmo considerando os graves danos que produzem.

Também importa mencionar que os estudos de Edwin H. Sutherland influenciaram o surgimento, algumas décadas depois, da chamada criminologia crítica e a tese do *labeling approach* ou etiquetamento. Com efeito, após a crise pela qual a sociologia passou, a partir dos anos 60, passou-se a negar qualquer abordagem baseada em teorias individualistas sobre o crime, relacionadas à falta de integração social do criminoso ou suas condições psíquicas. O problema da ciência era não o de saber por que indivíduos cometem crimes, mas porque algumas pessoas — e não outras — são estigmatizadas com a etiqueta de criminosos (SYKES, 1974, p. 208).

Referida escola criminológica também foi importantíssima para os aplicadores do Direito observarem o viés da persecução penal. A complacência em relação a crimes que não se utilizam de violência ou grave ameaça é explicada também pelo contexto político e social de uma comunidade. Por exemplo, as contribuições das escolas criminológicas citadas auxiliariam a compreender por que o crime de corrupção, no Brasil, tem pena mínima de apenas dois anos de reclusão.

Deve ser lembrado que, em razão da ausência de exame e aplicação pelo Poder Judiciário de todas as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código

Penal para a fixação da pena-base de um réu (i.e., culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias consequências do crime, comportamento da vítima), temos no Brasil o que se chama de cultura da “pena mínima”. Muitas vezes, imputando a falha do exame apropriado do art. 59 às dificuldades próprias da investigação, os juízes optam por majorar a pena utilizando-se somente dois ou três critérios do dispositivo legal referido. Assim, a pena base fica muito próxima do piso legal ou será justamente esse mínimo.

Em verdade, crê-se que essa cultura da pena mínima é também uma forma de manifestação da indiferença do sistema penal em relação à macrocriminalidade. Com efeito, não há que se falar em “comportamento da vítima” em um crime de corrupção ou de lavagem de dinheiro, mas o parâmetro se aplica perfeitamente a um crime de homicídio ou estelionato. A escolha pelo Legislador dos parâmetros do art. 59 é, assim, igualmente, um modo de elevar as penas dos crimes que são cometidos geralmente por classes sociais mais baixas.

Os danos causados pela corrupção e pelos crimes praticados no contexto da criminalidade econômica, com seus efeitos difusos e vítimas vagas, possuem consequências não aferíveis de plano, porém os estudos acadêmicos sobre o tema destacam sua gravidade. A corrupção revela-se ainda mais nociva para os países em subdesenvolvimento.

### **1.5 A corrupção no contexto da macrocriminalidade**

Os estudos acadêmicos mais relevantes sobre o tema das últimas décadas vêm destacando os efeitos acumulados da corrupção enquanto obstáculo para o crescimento dos países em desenvolvimento.

Instituições como o Banco Mundial reconhecem que a corrupção é o maior desafio para a redução da pobreza extrema, apresentando um impacto desproporcional sobre a população mais vulnerável economicamente. De acordo com o Banco (WORLD BANK, 2018), os mais pobres pagariam relativamente mais de sua renda em propinas ou subornos. No Paraguai, por exemplo, os pobres pagariam

12,6% de sua renda em propina, enquanto as famílias de alta renda pagariam 6,4%. Os números em Serra Leoa seriam de 13% e 3,8%, respectivamente.

Foi superada a antiga abordagem de que a corrupção poderia ter efeitos benéficos, elevando o crescimento econômico dos países por supostamente acelerar atos burocráticos e por induzir servidores a trabalhar mais 'dedicadamente', teses defendidas especialmente por Leff (1964) e Huntington (1968). Para Mauro (1995), por exemplo, que analisou indicadores de honestidade, investimento e eficiência em setenta países, a corrupção reduziria o investimento privado e o crescimento econômico, mesmo onde a burocracia estatal seria demasiadamente onerosa e complicada, e, por isso, suscetível à corrupção (MAURO, 1995, p. 683). Reconheceu que há, de fato, associação negativa entre corrupção e investimento, bem como entre corrupção e crescimento.

O autor observou, por exemplo, que se Bangladesh melhorasse a integridade e eficiência de sua burocracia ao nível do Uruguai, a taxa de investimento no país subiria quase cinco pontos percentuais e o produto interno bruto aumentaria em mais de meio ponto percentual (MAURO, 1995, p. 705). Outro achado relevante da pesquisa se relaciona às instituições dos países pobres. Mauro (1995, p. 706) sugere que países pobres tendem a possuir burocracias corruptas e onerosas, e, igualmente, serem politicamente mais instáveis. Assim, a pobreza de hoje é debitada à ineficiência institucional do passado.

Em sua pesquisa, Shleifer e Vishny (1993, p. 599) definem corrupção governamental como a comercialização de bens públicos pelos agentes públicos para ganho pessoal, destacando que os estudos mais numerosos sobre o assunto alertam que a corrupção provoca mais distorções no mercado do que a tributação, entre outras razões, em decorrência dos custos para evitar a punição e da sua ocorrência em reserva. Assim como Mauro, os autores defendem que a corrupção seria prejudicial ao desenvolvimento econômico, pois enfraqueceria governos centrais, permitindo a vários setores da burocracia impor propinas aos agentes privados de forma independente e cumulativa; e também em razão das tomadas de decisões sem qualquer finalidade pública (v.g, projetos voltados à saúde e educação preteridos por projetos em infraestrutura ou defesa; criação de barreiras de entrada; manutenção de monopólios, não priorização da inovação), que somente seriam possíveis em razão

da falta de exposição do ato corruptivo, da sua ocorrência de forma oculta, reservada (1993, p. 616).

Por sua vez, Bardhan (1997, p. 1320), embora tenha reconhecido a precariedade de dados sobre o tema, também buscou refutar as teorias que apontam eficiência da corrupção em países com regulações excessivas e onerosas. O autor observa que referidas teorias pecam por utilizar informações imperfeitas, seja por falta de dimensionamento adequado dos custos totais da corrupção, seja porque desprezam a existência de outros agentes interessados na competição; e porque não observam o produto final entregue por meio do ato corrupto, gerando provável ineficiência alocativa. No caso específico da corrupção como argumento de aceleração de processos burocráticos, observou que, na Índia, a falta de pagamento da propina era pretexto para justamente retardar referidos processos (1997, p. 1323).

Umas das conclusões do referido autor é a de que governos fracos, mesmo regidos por governantes autoritários, permitem que ocorram apropriações privadas da coisa pública particularmente prejudiciais para a eficiência dinâmica. Governos de países africanos, na história recente, justamente por serem fracos, não conseguiriam impor leis, assegurar os Direitos de propriedade e não forneceriam os fundamentos mínimos de uma economia de mercado (1997, p. 1341).

A abordagem de que a corrupção é um mecanismo redutor de ineficiência, permitindo uma negociação entre o burocrata, detentor do Direito de propriedade sobre o bem público, e o agente privado, interessado nesse bem, foi sendo rejeitada pelos sucessivos estudos acima citados.

De fato, assim como quem abusa do poder econômico gera lucro para si, mas empobrece a sociedade, a corrupção permite que ganhos sociais sejam apropriados de forma privada. Ademais o custo da corrupção é repassado ao contribuinte, seja diretamente, na forma de pagamento de tributos ou preços públicos, seja de forma indireta, quando se opta por pagar um serviço privado que já é (mal) prestado de forma pública.

É claro que a experiência brasileira com a operação Lava-Jato, tornando público que as grandes obras de infraestrutura do país e os grandes empreendimentos eram divididos pelo chamado “clube do bilhão”, torna essas conclusões bastante

óbvias em nosso contexto. A falta de verdadeira competição, objetivo maior da concorrência licitatória, em geral, encarece os serviços, pois não se obtém o verdadeiro menor preço. Além disso, a propina combinada com o gestor é repassada para o custo total, elevando a tarifa. Referida sistemática, tão propalada nos últimos anos no Brasil, se repete em concorrências públicas no mundo todo, mas especialmente em países pobres que se ressentem de fiscalização e controle efetivos.

É a mesma conclusão de Rose-Ackerman (2004). A autora conclui que a corrupção leva empresas a pagar para obter serviços públicos e para ter preferência sobre as demais. Assim, a propina se destinaria a reduzir impostos devidos, evitar regulações dispendiosas, obter contratos e obter concessões e empresas privatizadas a preços baixos. Se a corrupção se demonstra endêmica, tantos funcionários públicos, quanto autoridades eleitas, redesenhariam programas e projetos públicos que se destinariam a obter poucos benefícios públicos e muito proveito privado (2004, p. 1).

A autora aduz que a corrupção realmente compromete o crescimento econômico a longo prazo dos países. Para chegar a tal conclusão, enumera algumas pesquisas que demonstram a relação entre alto índices de corrupção e baixos índices de investimento, consequência da fragilidade do processo de cooperação social (ROSE-ACKERMAN, 2004, p. 1). Em outro estudo, relaciona o sistema eleitoral de um país a maior ou menor índice de corrupção, e menciona um “paradoxo da estabilidade” nas democracias. Países em que o sistema eleitoral, baseado em reeleições, tornam os políticos muito ‘seguros’ quanto à permanência no mandato tendem a ser mais corruptos. Mas o mesmo ocorre com sistemas eleitorais marcados pela insegurança (quando há muitos partidos na disputa, por exemplo), pois os políticos tenderão a fazer acordos ilegais para permanecer ocupando o cargo (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 364).

Seligson (2002, p. 409), por sua vez, aponta como a tolerância e a omissão de países mais ricos, como os Estados Unidos, contribuíram para a construção de governos corruptos na América Latina. No referido continente, durante a guerra-fria, governantes claramente corruptos foram tolerados pelos EUA e por seus aliados porque esses se posicionavam contra o comunismo. O autor lembra que, até mesmo antes desse período, a política americana era indiferente ao problema da corrupção nos países latinos. Referido desinteresse restou cristalizado pela famosa frase de

Franklin Delano Roosevelt sobre Anastasio Somoza, ditador na Nicarágua por duas décadas: "Ele é um filho da puta, mas ele é nosso filho da puta."

Ademais, como os autores acima, Seligson também afirma que a ótica "funcionalista" da corrupção — que faria mover a burocracia dos países em desenvolvimento, a "graxa" — fora superada por evidências sobre o impacto negativo da corrupção no investimento e crescimento nas nações em desenvolvimento — a "areia". Seu estudo coletou dados em quatro países da América Latina, escolhidos a partir de um índice criado pela organização não governamental, Transparência Internacional, em 1999, para classificar países segundo a percepção de corrupção: El Salvador, 49º; Nicarágua, 70º; Bolívia, 80º; e Paraguai, 90º. As descobertas da pesquisa refutariam a visão funcional da corrupção, mostrando que estaria associada ao menor apoio à legitimidade do sistema político (2002, p. 424). O estudo do autor concluiu que os cidadãos daqueles países que experimentam corrupção são menos propensos a acreditar na legitimidade do seu sistema político e a exibir bons níveis de confiança interpessoal (2002, p. 429).

Um ponto da pesquisa de Seligson que nos parece especialmente relevante é aquele que aponta que, mesmo nos estudos nos quais se observa algum tipo de efeito positivo da corrupção em ambientes ditatoriais, negam esses efeitos se há democracia. A corrupção em ambientes democráticos seria causa dos baixos níveis de confiança nas instituições públicas, acarretando toda a sorte de consequências extremamente negativas para os projetos coletivos, para o comportamento cívico, para os níveis de criminalidade e para a ordem pública (2002, p. 412). A conclusão, inevitavelmente, nos remete à realidade brasileira.

Os mesmos efeitos com relação ao descrédito na democracia e à falta de confiança nas instituições foram apontados por Clausen, Kraay e Nyirl, (2011, p. 212), em estudo encomendado pelo Banco Mundial. A partir de uma vasta amostra estatística, utilizando-se de uma ferramenta denominada *Gallup World Poll* (GWP) — que possibilitou entrevistar mais de 78.000 domicílios em 90 países — constatou-se que, em países onde entrevistados relatam uma alta incidência de experiências pessoais com a corrupção, e que a corrupção percebida é generalizada, a confiança nas instituições públicas também seria baixa.

Todos os excertos apontados indicam que a corrupção para os países pobres é determinante para que permaneçam nessa condição. Os efeitos imediatos estão relacionados à subtração de recursos e investimentos necessários para a superação da pobreza, mas os efeitos mediatos – relacionados à confiança, enquanto cola do tecido social – são os mais deletérios e de reparação mais vagarosa, comprometendo as gerações futuras e um número indeterminado de indivíduos.

Nos manuais de Direito Penal, verifica-se que o bem jurídico protegido no crime de corrupção é a regularidade da Administração Pública, sua moralidade e probidade. Trata-se da tutela de um bem que atinge mais de um indivíduo, de natureza transindividual cuja proteção interessa a toda a sociedade. Mas, dificilmente os operadores do Direito se aprofundam no que realmente consiste esse bem jurídico – probidade – para a sociedade. As consequências da corrupção não parecem ser objeto de profunda preocupação do Direito Penal dito clássico.

A probidade é o mais intuitivo estímulo para a realização de negócios, públicos ou privados. Com efeito, a aparência de probidade – enquanto fundamento da seriedade e da honra – é quem fundamenta a confiança de que as partes honrarão suas promessas e cumprirão as regras. Muito antes de contratos escritos, é a probidade quem dá forma ao mercado. Esse elemento invisível, que também pode ser chamado de moralidade, é corroído pela corrupção.

Considerando todos os estudos apontados, portanto, não se justifica o tratamento benéfico que o delito ainda recebe pelo ordenamento. A pena mínima tanto da corrupção passiva, como da ativa, é de apenas dois anos de reclusão, mesmo montante do furto com uso de chave falsa. Compreendendo que dissuasão é uma associação entre probabilidade de condenação e severidade da pena (COOTER e ULEN, 2016), uma pena mínima tão baixa não gera o desestímulo adequado para evitar novos crimes.

No que se refere à estrutura de incentivos do corruptor, considerando que o ato criminoso ocorre, em geral, a portas fechadas ou em ambientes onde se espera sigilo, a norma processual penal precisa prever formas de que o crime seja descoberto, observando para isso justamente seu *modus operandi*. Acreditar que crimes insidiosos, que se aproveitam do segredo e da intimidação de terceiros para



ocorrer, serão descobertos de forma natural, em razão do decurso do tempo, é optar por não os perseguir criminalmente e tolerar uma numerosa – e inevitável – cifra negra.

Como reconhecido por Sutherland, e por diversos estudiosos depois dele, o Direito Penal parece ter sido historicamente concebido para proteger interesses privados individuais e, conseqüente, ter por clientela as camadas mais pobres da população. Essa razão que justificaria a não atualização dos instrumentos processuais para perseguir crimes econômicos e sua caracterização como meios de investigação “não garantistas”. A própria expansão do Direito Penal para criminalizar ilícitos econômicos é vista por considerável parte da doutrina como uma ruptura com garantias e Direitos fundamentais. O aprofundamento das críticas à expansão do Direito Penal, todavia, esbarra nos limites da pesquisa.

O presente trabalho, quando aborda o instituto do informante, observa o quanto a ferramenta é útil para a descoberta de crimes que ocorrem sem a vigilância da sociedade, em ambientes corporativos ou governamentais, lesando bem jurídicos valiosos para todos. Com efeito, o interesse que legitima a persecução penal por esse instrumento vai muito além da esfera privada ou de um patrimônio, pois toda a sociedade ganha com a denúncia.

Assim, ainda que seja necessária uma retradução do instituto para adequá-lo às normas pátrias, não há motivação apriorística para descartá-lo por sua incompatibilidade com o sistema constitucional. A confidencialidade é, de fato, um elemento fundamental de proteção do informante, mas é necessário que seu significado seja revisto pela doutrina nacional. O ponto remete ao tema do transplante legal dos institutos jurídicos.

## **1.6 A tradução jurídica de institutos de Direito Processual Penal**

É comum a crítica que o processo brasileiro – civil ou criminal – está se ‘americanizando’, importando institutos estranhos à cultura jurídica, algumas vezes associando a prática a uma ética utilitarista que não respeita Direitos fundamentais

(COUTINHO, 2019) ou que traz pacotes ‘tipo exportação’ de maneira açodada, sem que existam reflexões necessárias acerca de sua harmonização ao ordenamento jurídico nacional (DE FILIPPO e PASCOLATI JR., 2019).

Certamente, o instituto do informante sofrerá das mesmas objeções. Defende-se, contudo, no presente trabalho, que referidas críticas contra as importações, transplantes ou traduções de institutos que se revelam açodadas. A prática, que não se equipara a um mero recorte de normas, suporta, inevitavelmente, transformações quando incorporadas ao Direito local.

Barbosa Moreira há muito advertia que a história comprova que nações não recebem de fora dos respectivos territórios somente bens materiais, mas também ideias filosóficas, políticas, religiosas, científicas, artísticas e, por óbvio, jurídicas. Assim, seria impróprio falar-se em importação de modelos jurídicos como forma de colonização ou anexações forçadas, pois a iniciativa seria a manifestação da vontade formal de um Estado receptor que acolhe em seu ordenamento elementos alienígenas sem ter poderes para descaracterizá-lo (2000, p. 201). O autor oferece uma série de exemplos interessantes como o do Japão, que optou por replicar fielmente, no período pós-feudal, o código de processo civil alemão, contudo, após a segunda guerra, optou por infiltrações americanas (2000, p. 203).

O autor enxerga, portanto, com estranheza as críticas à importação de instrumentos jurídicos do sistema *common law* ao *civil law brasileiro*, pois sempre presente em nossa tradição jurídica, como bem demonstra a escolha por um modelo constitucional de federação; a previsão do *habeas corpus* (ainda no Império) e do recurso extraordinário (2000, p. 206). Os próprios conceitos de devido processo legal e do Direito a não autoincriminação seriam decorrências do Direito constitucional norte-americano, sem falar-se nos juizados especiais, nas ações coletivas, na transação penal etc.

Vê-se que, em verdade, boa parte das críticas de uma ‘americanização’ do Direito Processual Penal está à margem das discussões relacionadas aos transplantes ou traduções legais (ou importações, como chamado por Barbosa Moreira) de institutos jurídicos do sistema *commom law* para o *civil law*, e vice-versa.

O termo transplante jurídico foi popularizado por Alan Watson que ainda adverte que o fenômeno é proveniente de tempos quase imemoriais, a exemplo de uma das leis da cidade mesopotâmica de *Eshunna* (por volta de 1.800 ac) reproduzida no Código de Hamurabi e no livro bíblico de Êxodo, a elas posteriores (WATSON, 1993, p. 23). O autor defende com grande naturalidade e inevitabilidade a circulação de instituições entre sistemas jurídicos, aduzindo que o sucesso de um transplante legal – assim como de um órgão humano – dependerá de sua assimilação pela cultura local, isto é, da sua não rejeição pelo corpo (1993, p. 27).

Contudo, tecnicamente, o fenômeno não se assemelha exatamente a um transplante orgânico. Como percebido por Maximo Langer, a metáfora do transplante não é flexível o suficiente para observar que institutos serão recepcionados de forma diversa em termos conceituais, a exemplo dos variados controles de constitucionalidade inspirados pelo modelo norte-americano. A ideia jurídica poderia ainda ser transformada pelas estruturas de significado, disposições individuais, arranjos institucionais etc., presentes no sistema jurídico do país receptor (LANGER, 2017, p 66).

O autor prefere o termo tradução, porquanto este conseguiria capturar as transformações que a ideia jurídica sofre em suas trocas com o sistema jurídico receptor depois do ingresso. Estas transformações incluiriam a neutralização total do texto traduzido pelo ostracismo (e no Direito brasileiro há diversos exemplos disso, como o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015, ignorado por grande parte dos juízes) ou pela censura, quando se declara que o texto é inconstitucional (LANGER, 2017, p 71).

Adotando-se o termo tradução jurídica, é fácil observar a diversidade de institutos que foram retraduzidos pelo Direito processual penais brasileiro nos últimos anos, sem que sofressem críticas de açodamento. As reformas empreendidas pelas Leis nº 11.690, 11.689 e 11.719 (BRASIL, 2008), por exemplo, modificaram sobremaneira a cultura processualística penal, limitando o poder instrutório do juiz e aproximando-se o sistema inquisitório brasileiro – inspirado pela *civil law* do continente europeu – de um sistema adversarial norte-americano. A própria oralização do processo penal é contrária a tradição escrita do nosso *civil law*. E mesmo agora, recentemente, foi incorporado em nosso ordenamento o chamado juiz de garantias,

figura completamente estranha a tradição processualística penal no Brasil e ao seu sistema acusatório misto.

O ponto é que, analisada a cultura processual pertinente ao país, é possível ressignificar institutos, compatibilizando-os com o ordenamento de vigência. É incontroverso que não há sistemas de leis isolados. Assim, além da fase de construção da norma pelo legislador, há a sua recepção pelos operadores e pelos arranjos institucionais, modulando-se a figura jurídica recebida, tal como advertido acima por Langer.

A legislação do informante necessita de alguma tradução, pois estranha à cultura processual brasileira. Contudo, não há nenhum óbice jurídico para que seja efetivamente prevista em Lei, em especial resguardado o sigilo de sua identidade.

A possibilidade de alguém oferecer informações sobre uma ilicitude, portanto, ser fonte de prova, mas não ser possível à parte ré confrontar a veracidade do seu relato causa, a uma primeira impressão, grande estranheza, por ser algo distante da cultura jurídica brasileira. Contudo, se defende no presente trabalho que inovações jurídicas existem justamente para manter o sistema normativo vivo e responsivo às necessidades sociais.

Se uma das principais preocupações do mundo moderno é o combate à criminalidade organizada, que empobrece nações e enfraquece democracias, não de ser internalizados pelos países os instrumentos efetivos para desbaratá-las. Sufocar o financiamento de tais organizações é um dos caminhos que produzem maiores resultados – razão pela qual, apenas em 2019, diversas leis processuais penais foram aprovadas unicamente para facilitar o confisco de bens (vide, por exemplo, a Lei nº 13.886, de 17 de outubro de 2019, que buscou acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas).

O outro caminho – que se defende no presente trabalho – é elevar a chance de o Estado obter conhecimento de como referidas organizações criminosas funcionam e os informantes são essenciais para tal.

Como se verá mais a seguir, a Lei nº 13.608, de 2018, alterada no final do ano de 2019 pela Lei nº 13.964, de 2019, foi por um caminho de proteção à

confidencialidade do informante que se compreende muito frágil e incipiente. Considerando a rede de incentivos que move o *whistleblower* e – destacadamente – à série de retaliações que pode vir a sofrer, esperava-se uma norma de proteção mais contundente, nos moldes que se passa a se discutir no Capítulo 2.

## **CAPÍTULO 2 O informante como instrumento de combate à criminalidade organizada**

O ato de denunciar uma ação contrária às regras do grupo remonta ao próprio surgimento do *homo sapiens*. HARARI (2015), sustenta que foi a ‘fofoca’ – termo mais abrangente que a denúncia em si, mas que possui a mesma forma – o fundamento da sobrevivência de nossa espécie. Com efeito, ter informações sobre quais indivíduos do grupo seriam confiáveis ou não permitiram que os humanos primitivos não apenas sobrevivessem, mas também expandissem tribos. A ideia é de que os relatos de comportamentos errantes ajudaram os primeiros humanos a se organizar, criar amizades, inimizades e hierarquias, o que, por sua vez, ajudou a estabelecer a ordem social que os diferenciavam dos demais animais.

Embora se trate de uma conduta inerente a própria ideia de organização social e que se espera ocorrer em qualquer ambiente (familiar, social, empresarial), na modernidade, as denúncias elaboradas por *insiders* em empresas ou governos ganharam atenção especial. Diversos escândalos financeiros, societários e mesmo políticos foram tornados públicos tão somente em razão da ação de informantes. Um exemplo relevante são os escândalos contábeis das multinacionais Enron e WorldCom.

Em breve síntese, citando apenas o caso Enron, em 16 de outubro do ano de 2001, a empresa anunciou um prejuízo líquido de US\$ 618 milhões e que reduziria o patrimônio líquido da empresa em US\$ 1,2 bilhão. A investigação, iniciada pela denúncia de uma informante, concluiu que a empresa fraudava documentos contábeis, ocultava a existência de dívidas e inflava seus lucros. A equipe de auditoria da empresa foi condenada por obstrução de justiça e quatro ex-executivos se declararam culpados por fraude (BRICKEY, 2003, p. 357). Fraudes contábeis similares foram cometidas pela WorldCom e somente foram descobertas em razão da denúncia de outra empregada (BRICKEY, 2003, p. 360 e 369).

Outros dois episódios, muito mais recentes e de simbólica importância para o mundo ocidental, também foram descobertos em razão da denúncia de *insiders*. Trata-se da descoberta do *modus operandi* da empresa britânica *Cambridge*

*Analytica*<sup>5</sup>, suspeita de manipulação da opinião pública em pleitos eleitorais – inclusive a última eleição norte-americana, a brasileira e o plebiscito do *Brexit* – por meio do uso indevido de milhões de perfis do *Facebook* e pela apropriação de informações e dados não consentidos dos usuários da internet (BBC, 2018).

E outro importante *whistleblower* (que permanece confidencial) foi o responsável pelo início das investigações que culminou no impeachment do Presidente Donald Trump, na Câmara dos Deputados, no ano de 2019. Como consequência da denúncia, a Câmara responsabilizou o presidente por pedir a um governo estrangeiro – a Ucrânia – que investigasse seu possível adversário nas eleições de 2020, Joe Biden, e seu filho, atendendo unicamente a interesse pessoal e político (NYT, 2019).

Como visto na introdução, dada a própria natureza dos crimes de colarinho branco (financeiros, econômicos, tributários e mesmo a corrupção) – que são complexos, executados com extrema expertise, que demandam investigação específica por equipes especializadas, que não se utilizam de recursos processuais tradicionais (como a prisão em flagrante) e que usualmente são cometidos por homens de respeitabilidade social elevada – e também de outros atos ilícitos que ocorrem a portas fechadas e de modo insidioso, a revelação dos fatos pelos *whistleblowers* se torna crucial para o sucesso de uma futura investigação.

Passemos a analisar as razões pelas quais devemos proteger informantes de atos ilícitos por meio de uma legislação bastante abrangente, dada a série de retaliações que estes podem vir a sofrer. Ademais, serão examinadas brevemente as características do informante e as razões que o movem. Por fim, será discutido o conteúdo mínimo de uma legislação, tendo como parâmetro a recente Diretiva da

---

<sup>5</sup> Em 2015, um jornalista do “The Guardian” publicou um artigo em que alegava que o Facebook teria tido a dados pessoais dos “(...) usuários não consentidos ao lançar um aplicativo de teste psicológico na rede social. Aqueles usuários do Facebook que participaram do teste acabaram por entregar à Cambridge Analytica não apenas suas informações, mas os dados referentes aos amigos do perfil. A denúncia, feita pelos jornais The New York Times e The Guardian, levantou dúvidas sobre a transparência e o compromisso da empresa com a proteção de dados dos usuários. [...] A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados que trabalhou com o time responsável para campanha do republicano Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos. Segundo o jornal The Guardian, na Europa a empresa foi contratada pelo grupo que promovia o Brexit (a saída do Reino Unido da União Europeia). A Cambridge Analytica nega e afirma que nunca trabalhou para a campanha do Brexit. A empresa é propriedade do bilionário do mercado financeiro Robert Mercer e era presidida, à época, por Steve Bannon, então principal assessor de Trump.” (BBC, 2018)

União Europeia sobre o tema (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019). No cotejo, será analisada a Lei nº 13.608 (BRASIL, 2018) que introduziu a proteção ao *whistleblower* em nosso país.

## **2.1. Por que proteger os informantes de atos de interesse público?**

Como visto, informantes expõem atos ilícitos cometidos por outras pessoas e, portanto, correm o risco de serem perseguidos ou, no mínimo, confrontados por essas mesmas pessoas. Quando se tratam de atos ilícitos cometidos por grandes organizações, inclusive governamentais, com repercussões que vão além da esfera individual, o risco de retaliação eleva-se exponencialmente, dada a significância do fato e os prejuízos em grande escala que a denúncia pode originar (ROTHSCHILD e MIETHE, 1999).

Na mesma linha exposta na introdução de que informantes, como qualquer agente racional, sopesam custos e benefícios para relatar, diversas pesquisas sobre o comportamento dos *whistleblowers* concluem que esses efetivamente deixam de denunciar quando anteveem a probabilidade de sanção e retaliações (MESMER-MAGNUS E CHOCKALINGAM VISWESVARAN, 2005; MICELI E NEAR, 1986, 1994 e 2016; KAPLAN e WHITECOTTON, 2001; CHO, 2015).

KAPLAN e WHITECOTTON (2001), por exemplo, examinaram se as percepções dos informantes sobre a seriedade do fato, sobre os custos pessoais da denúncia, sobre sua responsabilidade em denunciar são efetivamente relevantes na tomada de decisão. Os resultados da pesquisa indicaram que a vontade de denunciar se eleva quando os custos pessoais da denúncia são vistos por eles como baixos ou quando se sentem individualmente mais responsáveis pela realização da denúncia.

Os custos psicológicos impostos aos informantes são ainda maiores porque as repercussões da denúncia ocorrem dentro do ambiente de trabalho. Com efeito, as retaliações cometidas por seus próprios colegas funcionam como o mais alto nível de penalidade (CHO, 2015; BRICKEY 2003; DICK, MORSE e ZINGALES, 2009). Já é muito difícil ser discriminado em sua profissão por aqueles que estão em uma posição



hierárquica mais elevada, entretanto, mais penoso ainda é ser visto como fofoqueiro, problemático, X9, encenqueiro ou delator por seus próprios colegas.

As retaliações podem assumir várias formas: desde investidas buscando demover o informante da sua intenção de denunciar; sua exclusão da sociedade ou demissão; e, até mesmo, ameaças de morte (PARMERLEE ET AL., 1982; MICELI E NEAR, 1996 e 2016; JOHNSON, 2005). Se permanecer na organização, o informante poderá sofrer isolamentos; difamações; rebaixamentos de função; transferências não voluntárias; e outras formas de exclusão, discriminação ou assédio (PARMERLEE ET AL., 1982; MICELI e NEAR, 1994 e 2016; ROTHSCILD e MIETHE, 1999).

Parmerlee et al. (1982, p. 10) defende que a retaliação ocorre, em geral, em quatro estágios: nulificação da denúncia, que consiste na pressão para que seja retirada; isolamento, que consiste no ostracismo do informante, redução de suas atividades e recursos ou sua transferência para uma posição menos visível; difamação de caráter; e, por fim, expulsão da organização.

Johnson (2005, p. 80), em estudo específico sobre *whistleblowers* em corporações policiais norte-americanas, relata alguns tipos de retaliações sofridas por agentes que denunciaram atos de corrupção no seu próprio ambiente de trabalho. Apenas à guisa de exemplificação, destacam-se três casos.

No início dos anos 90, em Nova York, determinado investigador foi convocado pela prefeitura da cidade para investigar casos de corrupção policial. Ao fim dos trabalhos, referido investigador relatou uma série de retaliações sofridas: teria recebido materiais obscenos em sua casa; seu posto de trabalho fora vandalizado; lhe foi negada posterior promoção, e, por fim, recebera ameaças de morte. Em Pomona, Califórnia, em 1995, determinado policial denunciou companheiros de corporação que se apropriavam de dinheiro apreendido e plantavam provas falsas contra suspeitos. Suas alegações acabaram levando ao demissão de três oficiais, mas dois foram posteriormente reintegrados à corporação. O informante citou as seguintes retaliações sofridas: roubo de equipamento de trabalho; pichações em seu armário com os dizeres “rato”; suas camisas foram despejadas em um mictório; além de ameaças de morte dirigidas contra si e sua família. Por fim, as denúncias do policial foram ignoradas e ele foi transferido para a própria força-tarefa que havia exposto. Também na Califórnia, em agosto de 2000, mais de 40 atuais e ex-policiais de Los Angeles

entraram com um processo de ação coletiva alegando que haviam sido retaliados porque denunciaram irregularidades na corporação. Os policiais relataram incidência de força excessiva, hostilidade no ambiente de trabalho e outras formas de má conduta policial. A retaliação incluiu rebaixamentos de função e demissões involuntárias (JOHNSON, 2005, p. 81).

Rothschild e Miethe (1999, p. 120), com base em entrevistas com informantes de todas as categorias profissionais, apontam que cerca de dois terços destes experimentaram alguma das seguintes retaliações, pelo empregador ou por colegas de trabalho, como resultado de suas divulgações: foram demitidos ou foram forçados a se aposentar (69%); receberam avaliações negativas de desempenho no trabalho (64%); o trabalho desempenhado começou a ser monitorado mais de perto pelos supervisores (68%); foram criticados ou evitados por colegas de trabalho (69%); foram alocados em uma “lista negra” dificultando novo emprego em sua área (64%). Quanto às consequências deletérias em razão da denúncia, citou-se: depressão ou ansiedade severa (84%); sentimentos de isolamento ou impotência (84%); sentimento de desconfiança com relação aos outros (78%); declínio da saúde física (69%); declínio financeiro grave (66%); e problemas com as relações familiares (53%).

Dick, Morse e Zingales (2009, p. 5) examinaram todos os casos de fraude ocorridos em grandes empresas norte-americanas entre 1996 e 2004, incluindo a Enron e a World Com. Os autores descobriram que, em 45% dos casos, o *whistleblower* optou por não se identificar para evitar penalidades associadas à divulgação. Igualmente, em 82% dos casos com *whistleblowers* não anônimos, o indivíduo alegou ou ter sido demitido; ou ter sido induzido a pedir demissão ou teve funções significativamente alteradas como resultado da denúncia.

Referidos resultados estão em consonância com as pesquisas apresentadas na introdução deste trabalho<sup>6</sup> que revelam o quão deletéria a denúncia de irregularidades no ambiente de trabalho pode ser para a vida e para a saúde do informante e de sua família.

---

<sup>6</sup> Whistleblowing": a health issue, de KJean Lennane (1993); The emotional sequelae of whistleblowing: findings from a qualitative study de Kath Peters, Lauretta Luck, Marie Hutchinson, Lesley Wilkes, Sharon Andrew and Debra Jackson (2011); Silence is golden? Characteristics and experiences of self-reported whistleblowers, de Brita Bjørkelo, Ståle Einarsen, Morten Birkeland Nielsen e Stig Berge Matthiesen (2008).

Ademais, não causam espanto as pesquisas que indicam que informantes apenas decidem revelar o ato ilícito quando antevem baixas chances de retaliação (MESMER-MAGNUS E CHOCKALINGAM VISWESVARAN, 2005; MICELI E NEAR, 1986, 1994 e 2016; KAPLAN e WHITECOTTON, 2001; CHO, 2015). De fato, é intuitivo perceber que, se o indivíduo não sofrer consequências penosas em decorrência das suas ações, será incentivado a realizá-las. Pais e mães são bastante conhecedores desse princípio comportamental do ser humano.

Do mesmo modo, estudos demonstram que empregados de maior nível salarial e funções elevadas são mais propensos a serem informantes, justamente porque receiam menores retaliações ou porque as retaliações lhes serão menos gravosas (MESMER-MAGNUS E CHOCKALINGAM VISWESVARAN, 2005; MICELI et al., 1991 e 2016). Daí se extrai a conclusão de que as consequências da retaliação para a vida e saúde do informante são o elemento de maior peso quando pondera se deve ou não denunciar um ato ilícito.

Rothschild e Miethe (1999, p. 125) ainda apontam que a retaliação contra informantes é mais provável – e mais grave – quando a irregularidade observada é sistêmica e central para a organização. Desse modo, os autores afirmam que as organizações são mais propensas a se corrigirem (e não retaliar) quando a irregularidade revelada se trata de uma ação individual, uma maçã podre no cesto, uma ação desconectada da prática ordinária da empresa. No entanto, tratando-se de irregularidade sistêmica – e, especialmente, que integra a maneira que essa organização faz negócios – negação e retaliação seriam rápidas e praticamente certas.

Tal achado se revela especialmente importante quando observa-se a relevância de um informante para denunciar crimes cometidos por organizações criminosas dentro de instituições (público ou privadas). Com efeito, os custos para a vida de um informante que delata, por exemplo, um sistema de corrupção internalizado nas práticas comerciais da empresa serão ainda mais altos. Paradoxalmente, esses são os esquemas que mais interessam ao público serem descobertos, dadas suas consequências sociais muito danosas.

## 2.2. Por que precisamos de informantes?

Uma outra pontuação relevante é saber o quão a participação dos informantes é importante para a descoberta de atos ilícitos dentro das instituições. De fato, não haveria porque defender uma legislação de proteção aos *whistleblowers* se esses não representam uma proporção relevante das fontes de descoberta de irregularidades.

Nesse sentido, alguns estudos foram feitos buscando comprovar a hipótese de que empregados são essenciais para que fraudes e atos ilícitos sejam tornados públicos e, por conseguinte, investigados.

A pesquisa de Dick, Morse e Zingales (2009, p. 3), acima já citada, concluiu que a descoberta das 216 fraudes por eles examinadas não dependeu primordialmente dos atores que seriam mais óbvios – isto é, dos investidores acionistas (apenas 3% dos casos), da SEC - *Securities and Exchange Commission* (7%) e dos auditores das empresas (10%) –, mas, sim, de agentes não tradicionais, como os empregados (17%), a mídia (13%) e demais agentes reguladores (13%). Concluem que empregados estão efetivamente em uma posição privilegiada para a descoberta de fraudes, pois essa é uma decorrência natural da atividade laboral (p. 23).

Os informantes, enquanto empregados que compõem a organização, são hábeis a observar a forma de execução dos negócios ordinários da empresa, bem como possuem condições para suspeitar de iniciativas que se afastam dessa atuação ordinária.

Quem está de fora da organização dificilmente conseguirá, de forma espontânea ou por inércia, saber o que ela deliberadamente oculta com técnica e expertise. Noutro giro, órgãos de fiscalização, reguladores e auditorias (externas e internas) encontram, de fato, irregularidades por meio de sua atividade finalística, contudo, é sabido que os gestores das empresas despendem bastante energia justamente em descobrir mecanismos para encobrir referidas irregularidades dos órgãos competentes. Quando os informantes são componentes da própria instituição, a ocultação dos ilícitos se torna mais dificultosa.

E como se verá melhor a seguir, em geral, os informantes estão posicionados hierarquicamente em cargos que permitem vislumbrar ilicitudes justamente por serem tomadores de decisão, conquanto não sejam os maiores líderes da organização (KAPLAN ET AL., 2010; MIETHE, 1999; MICELI e NEAR, 2013 e 2016; GOEL e NELSON, 2013). Trata-se, por exemplo, dos casos da Enron e da Worldcom, acima narrados.

Sherron Watkins era vice-presidente de contabilidade da Enron quando alertou o presidente da empresa, Kenneth Lay, sobre o uso inadequado de métodos contábeis na empresa que ocultava débito e simulava lucros inexistentes. Já Cynthia Cooper era vice-presidente de auditoria interna da WorldCom quando informou que a empresa havia acobertado perdas acionárias de bilhões de dólares. O CEO da WorldCom, Bernard Ebbers e outros executivos, receberam sentenças de prisão por decorrência da denúncia (THE GUARDIAN, 2010)

Observa-se que referidas informantes não eram obreiras posicionadas no piso da estrutura empresarial. Com efeito, tratando-se de meras cumpridoras de ordem, não teriam, em regra, competência ou mesmo oportunidade para detectar fraudes tão sofisticadas.

Daí se extrai a conclusão de que esquemas financeiros, tributários, contábeis, falsificações, manipulações de fórmulas (a exemplo de fraudes em indústrias farmacêuticas), ilícitos em ambientes hospitalares (como pedidos desnecessários de próteses ortopédicas) e os superfaturamentos em geral – esquemas que se utilizam de formas complexas para sua consecução, portanto – em geral, são detectados por quem se encontra bem posicionado na hierarquia organizacional de modo a perceber a ocorrência da ilicitude. Todavia, esses empregados bem posicionados não são os maiores tomadores de decisão da instituição porque, se o fossem, teriam competência para interromper e corrigir a ilicitude, apurando, por conseguinte, as responsabilidades.

Assim, e tomando por parâmetro os achados das pesquisas mencionadas, parece óbvio que uma Lei de combate às irregularidades que busque ser eficiente deve priorizar a participação de *insiders*, como fontes confiáveis de informação.

Todavia, quando a necessidade de proteção aos *whistleblowers* começou a ser mais amplamente discutida no mundo, algumas objeções foram lançadas quanto à possibilidade de uma lei de proteção gerar um clima de denunciismo nas instituições e, especialmente, estar protegendo empregados que se utilizam da denúncia apenas para motivos pessoais. Naturalmente, se espera o mesmo tipo de questionamento numa lei nacional (ainda que, consoante veremos mais a seguir, a Lei nº 13.608, de 2018, já não seja hábil a efetivamente proteger informantes de atos ilícitos).

Referido receio, contudo, não encontra supedâneo nas pesquisas sobre o ponto. Além da seriedade das retaliações que os informantes podem sofrer (desde incômodos no ambiente de trabalho a ameaças de morte, como visto), deve ser apontado que a principal motivação dos *whistleblowers* é a denúncia de atos que possuem relevância pública (BREWER AND SELDEN; 1998; CHO, 2015).

Brewer e Selden (1998), por exemplo, em pesquisa pioneira sobre o tema, concluiriam que servidores públicos federais, que viram informantes, são efetivamente motivados pela preocupação com o interesse público e, em geral, são empregados de alto desempenho que relatam sentir elevados níveis de realização, comprometimento e satisfação no trabalho.

Outras diversas pesquisas foram realizadas sobre o perfil pessoal dos informantes revelando que são, verdadeiramente, empregados com elevado senso moral que revelam grande preocupação com as consequências de não relatar incidentes hábeis a causar danos sociais.

Bowen, Call e Rajgopal (2010), narrou as características e consequências econômicas das denúncias para as empresas, informam não existir evidências que indiquem que informantes realizam relatos frívolos ou não confiáveis. Ao contrário, a maioria dos relatos analisados pelos autores geraram consequências econômicas não triviais para as empresas denunciadas e, em geral, foram hábeis a melhorar a governança empresarial no ano que se seguiu ao evento (2010, p. 1266).

Near e Miceli (2016, p. 3 e 7), em estudo que reuniu as conclusões de dezenas de outras pesquisas sobre o tema, sustentam que os denunciantes tendem a ser funcionários leais, de longo prazo, e que não buscam prejudicar a organização. As autoras concluem que informantes são criados pela situação e não nascem

informantes; seriam empregados normais que se encontram no lugar errado na hora errada e observam eventos que acreditam serem ilícitos. Ademais, não tendem a relatar um evento quando lhes parecem de menor relevância ou quando as evidências são fracas.

Por sua vez, como já apontado acima, Mesmer-Magnus e Viswesvaran (2005, p. 293), em uma meta-análise que buscou correlacionar as características dos informantes e sua intenção ao relatar a irregularidade, concluíram que empregados com cargos mais altos na hierarquia na instituição são mais propensos a denunciar irregularidades do que empregados mais jovens ou de nível hierárquico inferior.

Não se tratam, portanto, de funcionários jovens, aventureiros ou de postura temerária, ao contrário, buscam corrigir e moralizar a organização. Esse último resultado também foi corroborado por diversas outras pesquisas, como a da *Ethics Resource Center* (2012, p. 17) que concluiu que empregados que denunciam atos ilícitos em suas organizações não querem prejudicá-la. As denúncias a canais externos geralmente são o último recurso utilizado pelos informantes, justamente porque buscam ajuda. Ademais, como já apontado, a propensão a denunciar aumenta quando a severidade do problema é elevada.

Outras pesquisas também indicam que os informantes, na média, recorrem inicialmente aos seus superiores e a canais internos de denúncia para relatar as irregularidades. Apenas quando a denúncia interna é ignorada, aciona-se os demais canais externos, como a mídia (MICELI et al, 2016; ROTHCHILD e MIETHE, 1999).

Vale apontar, novamente, o estudo do *Ethics Resource Center* (2012, p.2) que constatou que apenas 18% dos empregados ouvidos usaram canais externos para denunciar irregularidades; 84% deles o faziam tão somente depois de relatar a irregularidade internamente; ademais, apenas 2% decidiram relatar a irregularidade diretamente para canais externos antes de buscar a solução junto ao empregador.

Embora se reconheça, outrossim, que pessoas com alto senso de “maquiavelismo” (que optam por instituir lados bons e ruins, e a deixar de relativizar decisões não tão claras) são mais propensas a denunciar (DALTON e RADTKE, 2013), referidos pesquisadores apontam que, realmente, os informantes são empregados bem posicionados na instituição, possuem alto desempenho profissional

e são bem qualificados educacionalmente. Desse modo, o receio de que informantes possam ser indivíduos frustrados profissionalmente ou que não possuam uma dose adequada de relativismo e amadurecimento se demonstra pouco plausível.

Uma outra pesquisa interessante para o desenvolvimento do presente trabalho analisou a importância do interesse público das denúncias para a ação dos informantes. De acordo com CHO (2015, p. 16), o conteúdo de interesse público de uma denúncia realmente revela-se um importante preditor do comportamento do *whistleblower*. Citando diversos estudos sobre o tema, o autor defende que uma das principais motivações dos informantes é justamente o interesse público do fato, ainda que sejam individualmente prejudicados com o relato. Trata-se da mesma conclusão a que chegaram Brewer e Selden, acima citados (1998).

As legislações sobre o tema igualmente estabelecem a importância do interesse público a ser protegido pelo informante, muitas vezes elencando os temas que podem ser objeto de denúncia. É o caso da Diretiva da União Europeia relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União, datada de 7 de outubro de 2019. Em seu artigo 2, a Diretiva estabelece que (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019, p. 70):

#### **Artigo 2.º Âmbito de aplicação material**

1. A presente diretiva estabelece normas mínimas comuns para a proteção dos denunciantes das seguintes infrações ao direito da União:

a) Infrações no âmbito de aplicação dos atos da União indicados no anexo (partes I e II) da presente diretiva, nos seguintes domínios:

- i) Contratos públicos,
- ii) Serviços, produtos e mercados financeiros, e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo,
- iii) Segurança dos produtos,
- iv) Segurança dos transportes,
- v) Proteção do ambiente,
- vi) Proteção contra radiações e segurança nuclear.
- vii) Segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais, saúde e bem-estar animal,
- viii) Saúde pública,



- ix) Defesa do consumidor,
- x) Proteção da privacidade e dos dados pessoais, e segurança da rede e dos sistemas de informação;
- b) Infrações lesivas dos interesses financeiros da União, definidas no artigo 325.º do Tratado e especificadas nas medidas pertinentes da União;
- c) Infrações relacionadas com o mercado interno, a que se refere o artigo 26.º, n.º 2, do TFUE, nomeadamente infrações às regras em matéria de concorrência e de auxílios estatais, e respeitantes às normas que regem o imposto sobre as sociedades, ou expedientes cujo objetivo seja a obtenção de vantagens fiscais que contrariem o objetivo ou a finalidade da legislação aplicável em matéria de imposto sobre as sociedades.

.....”

Da mesma forma, a legislação norte-americana mais antiga sobre as denúncias de atos ilícitos, *The False Claims Act* ou *Lincoln Law* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1863), determina quais são os atos ilícitos que podem ser objeto de denúncia, ilícitos geralmente relacionados à apresentação de documentos falsos para locupletamento pessoal do apresentante:

#### § 3729. Reivindicações falsas

##### (a) RESPONSABILIDADE POR DETERMINADOS ATOS.

(1) EM GERAL. - Sujeita ao parágrafo (2), qualquer pessoa que:

(A) apresenta conscientemente, ou faz com que seja apresentada, uma reivindicação falsa ou fraudulenta de pagamento ou de aprovação de pagamento;

(B) conscientemente faz, usa ou faz com que seja feito ou usado, um registro ou declaração falsos ou fraudulentos;

(C) conspirar para cometer uma violação do subparágrafo (A), (B), (D), (E), (F) ou (G); (D) possuam, custodiem ou controlem bens ou dinheiro usados ou a serem usados pelo Governo e conscientemente entrega, ou faz com que sejam entregues, menos do que tudo isso dinheiro ou propriedade;

(E) está autorizado a elaborar ou entregar um documento que ateste recebimento de bens usados, ou a serem utilizados, pelo Governo e, pretendendo fraudar o governo, faz ou entrega o recibo sem saber completamente que as informações sobre o recebimento são verdadeiras;

(F) compre conscientemente ou receba como penhor de uma obrigação ou propriedade pública de um funcionário ou funcionário da

Governo, ou um membro das Forças Armadas, que legalmente não pode vender ou prometer propriedade; ou

(G) conscientemente faz, usa ou faz com que seja feito ou usado, um registro falso ou material de declaração a uma obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou propriedade ao governo, ou oculta conscientemente ou evita ou conscientemente e indevidamente diminui a obrigação de pagar ou transmitir dinheiro ou propriedade ao governo,

.....”

(tradução nossa)

Ambas as normas citadas tornam bastante patente que a proteção aos informantes apenas se relaciona às infrações contrárias ao interesse público, destacadamente no que se refere à proteção ao erário e aos contratos estatais. Contudo, outros temas de grande relevância social também são objeto de preocupação das normas, como saúde pública, meio ambiente, consumidores, proteção da privacidade e dos dados pessoais, etc.

E na prática, como indicado anteriormente pelos estudos citados, as denúncias oferecidas por informantes são efetivamente de interesse social, sendo por eles ponderadas as consequências danosas de sua omissão para a comunidade, para os acionistas, para a saúde pública, etc. Se tratando de irregularidades irrelevantes, a tendência do informante é de não reportar.

Assim, parece ser manifesto que a importância da descoberta de um ato ilícito que prejudica a ordem social é a principal razão para se proteger os informantes contra retaliações. Não somente protegê-los, mas incentivá-los a denunciar.

Embora a maior parte dos estudos desenvolvidos sobre o comportamento dos *whistleblowers* e dos malfeitores foquem em questões corporativas e comerciais, mais interessam ao presente trabalho denúncias contra organizações criminosas e, quanto a essas, destacadamente as que cometem o crime de corrupção. Retomando o que fora defendido alhures, a corrupção acarreta consequências extremamente negativas para os projetos coletivos, para o comportamento cívico, para os níveis de criminalidade e para a ordem pública.

E como já exaustivamente sustentado, dada as características desse tipo de criminalidade, são os *insiders* das empresas e das instituições públicas quem, em

geral, primeiro descobrem irregularidades que podem, se corrigidas, erradicar atos de corrupção em sua fase inicial.

Assim, e também considerados os estudos narrados no Capítulo 1, a longo prazo, agentes corruptos minam a efetividade das instituições, razão pela qual ação de informantes deve ser devidamente protegida pela política pública que seja mais ampla e adequada (CHASSANG e MIQUEL, 2015).

Oferecer uma proteção fraca aos informantes é, por consequência, ser leniente com a corrupção e com o crime organizado empresarial.

### **2.3 Requisitos de uma legislação de proteção ao informante**

Uma legislação que busque incentivar a divulgação de atos ilícitos, por tudo o que foi exposto acima, certamente precisará de mecanismos de proteção ao informante. É justificável que empregados que exponham atos ilícitos no ambiente de trabalho sejam protegidos contra retaliações nesse mesmo ambiente, dado o interesse público inerente à divulgação.

Ressalte-se que a proteção não serve tão somente para proteger o empregado de forma individual. Ela deve produzir uma importante externalidade positiva, qual seja, informar à sociedade e aos potenciais *whistleblowers* que estes estarão protegidos se denunciarem um ato ilícito de interesse público. Ademais, o comportamento dos gestores da própria empresa efetivamente se altera após a denúncia, havendo uma redução das ilicitudes anteriormente apontadas (WILDE, 2017).

Por esses motivos, o desenho de uma Lei de proteção e incentivos à comunicação de atos ilícitos deve ser abrangente e específica o suficiente para verdadeiramente dar suporte ao informante e sua família, e para produzir os mais contundentes efeitos dissuasórios.

Passar-se-á a expor neste subcapítulo as formas de proteção mais comuns ao informante. Ênfase, todavia, será dada à confidencialidade enquanto mecanismo relevante de proteção, dados os fins deste trabalho. Serão expostos, bem

brevemente, os requisitos mais comuns de uma legislação de proteção e de incentivo que poderá incluir, além dos específicos mecanismos anti-retaliação, a existência de um canal de denúncia e de recompensa financeira. O parâmetro será a Diretiva da União Europeia para proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União, de 7 de outubro de 2019.

### 2.3.1 Canal de denúncia

De acordo com os já estudos narrados, informantes, em sua grande maioria, buscam relatar primeiramente a irregularidade que tomou conhecimento aos seus superiores ou a algum órgão específico da instituição, como ouvidorias e corregedorias (canais internos). Apenas se não obtém sucesso na comunicação ou se sua denúncia é ignorada, recorrem aos canais externos de denúncia, como a mídia ou o aparelho do sistema judiciário.

Essa é a razão, portanto, da previsão de um canal de denúncia seguro e eficiente, numa legislação *whistleblower* que pretenda ser adequada.

A Diretiva da União Europeia (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019), por exemplo, prevê a obrigação das empresas com mais de 50 funcionários e municípios com mais de 10.000 habitantes criar canais de comunicação para denúncias (artigo 8º, item 9). Contudo, o conteúdo mais interessante da Diretiva no que diz respeito aos canais de denúncia está em seu artigo 9º:

#### “Artigo 9.º Procedimentos e seguimento de denúncias internas

1. Nos procedimentos e no seguimento de denúncias a que se refere o artigo 8.º incluem-se:

- a) Canais para receção de denúncias, concebidos, instalados e operados de forma segura de forma a garantir a confidencialidade da identidade dos denunciantes e de terceiros mencionados na denúncia, e a impedir o acesso de pessoal não autorizado;
- b) Um aviso de receção da denúncia ao seu autor num prazo de sete dias a contar da data da receção;
- c) A designação de uma pessoa ou serviço competente imparcial para dar seguimento às denúncias que pode ser a mesma pessoa ou o

mesmo departamento recetor das denúncias e que manterá a comunicação com o denunciante e, se necessário, solicitará mais informações e informará o denunciante;

d) O seguimento diligente da denúncia pela pessoa ou pelo serviço designado;

e) O seguimento diligente, sempre que previsto no direito nacional, de denúncias anónimas;

f) Um prazo razoável para informar o denunciante sobre o seguimento dado à denúncia, que não exceda os três meses a contar do aviso de receção ou, se este não tiver sido enviado, do termo do prazo de sete dias após a realização da denúncia;

g) Informações claras e facilmente acessíveis sobre as condições e os procedimentos para efetuar denúncias externas às autoridades competentes, nos termos do artigo 10.º, e, se pertinente, às instituições, órgãos ou organismos da União.

2. Os canais previstos no n.º 1, alínea a), devem permitir a denúncia por escrito e/ou oralmente, por linha telefónica ou outros sistemas de mensagem vocal e, a pedido do denunciante, mediante uma reunião presencial num prazo razoável.”

Há, portanto, a previsão de prazos razoáveis; da designação de uma pessoal imparcial para dar seguimento à denúncia; da obrigação de fornecimento de informações claras; e mesmo do meio pelo qual as denúncias podem ser realizadas, sempre reforçando a importância da confidencialidade da identidade do informante e de terceiros mencionados na denúncia. Ademais, consoante será mais profundamente abordado no Capítulo 3, há expressa previsão do seguimento diligente das denúncias anónimas (conceito diverso de confidencialidade, portanto), desde que admitidas pela legislação nacional.

Além disso, embora os informantes sejam incentivados a usar primeiramente canais internos dentro de sua organização, eles não perdem as proteções legais se assim não o fizerem, podendo acionar diretamente canais externos (Artigo 10º).

Observe-se que o canal de denúncias aparece como uma das ferramentas mais eficientes no recebimento de denúncias, tanto no setor público quanto no privado, tendo sido utilizado em 42% dos casos de fraudes nas organizações (PWC, 2016), todavia, é central que seja considerado seguro pelos informantes. Como já amplamente defendido allhures, quando antevem retaliações, a tendência do informante é de não denunciar.

O canal de denúncia mais seguro possível é aquele que garante o anonimato ao informante (SILVA e SOUZA, 2017), todavia, este é o que igualmente se revela mais custoso (KAPLAN e WHITECOTTON, 2001) para as organizações e juridicamente mais questionável. O ponto será aprofundado mais a frente.

### **2.3.2 Recompensa**

Enquanto não há razoáveis controvérsias quanto à necessidade de que o informante deva contar com um canal de denúncias dentro de sua organização que considere eficiente e seguro, o mesmo não se pode afirmar sobre os pagamentos de recompensas incidente sobre o eventual valor recuperado ou sobre um montante pecuniário diverso.

Não se trata aqui de compensações ou reparações financeiras. Com efeito, o valor que o informante tenha perdido por decidir denunciar deve ser recomposto ao seu patrimônio, ainda que de natureza moral, de acordo com um dos princípios mais basilares de direito civil: a vedação ao enriquecimento ilícito.

A própria Diretiva da União Europeia (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019) prevê que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir vias de recurso e a reparação integral dos danos sofridos pelos denunciante que satisfaçam as condições enunciadas na norma e nos termos do direito nacional (artigo 21, item 8).

A recompensa, por sua vez, é um benefício econômico a ser destinado ao informante como incentivo para o relato de atos que interessam à sociedade serem tornado públicos, sem a necessidade de demonstração de prejuízo. De fato, há bastante literatura que comprova como a recompensa é hábil a incentivar o informante a denunciar, ainda que se discutam custos e benefícios para a organização e para a sociedade (CALLAHAM e DWORKIN, 1992; DWORKIN e BROWN, 2013; CARSON et. al, 2007).

As leis mais famosas a prever recompensas para informantes são as norte americanas, como o *The False Claims Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1863);

o *Sarbanes-Oxley Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2002); e o *Whistleblower Federal Act* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1989.

De acordo com Chalouat et al. (2019), no Estados Unidos, se recompensam “indivíduos elegíveis que apresentarem informações originais de alta qualidade e que levem a uma ação de execução da SEC na qual se requeira mais de US \$1.000.000 em sanções”. Nesse caso, a recompensa a ser paga ao informante varia entre 10 e 30% do dinheiro arrecadado. Além disso, o informante pode ingressar individualmente com uma ação civil (*qui tam action*), podendo receber uma recompensa entre 15 a 30% do valor da ação.

Todavia, como visto na introdução, há relevantes aspectos morais a serem considerados quanto ao ponto, aspectos esses que fogem em demasia aos limites deste trabalho. Assim, optou-se por não o discutir, dada a importância de outro ponto mais central que veremos a seguir: a confidencialidade do informante e seu anonimato.

### **2.3.3 Mecanismos de proteção**

Existe um conteúdo mínimo de proteção que intuitivamente as legislações podem oferecer aos informantes de atos de interesse público. Com efeito, parece ser bastante claro que eles devem ser protegidos no próprio ambiente de trabalho contra retaliações de seus superiores e de colegas.

Além das proteções contra retaliações, intimidações, difamações, advertências e embaraços profissionais, a literatura sobre o tema também destaca outros dois pontos: os canais de denúncia internos, já destacados; canais de denúncia externos (a outra entidade estatal); e a confidencialidade e/ou anonimato para o informante (CHALOUAT et al, 2019).

No ponto, a recente Diretiva da União Europeia (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019) optou por prever um conteúdo extenso de medidas de proteção, que inclui, até mesmo, a irrenunciabilidade de recursos pelo informante e sanções às pessoas que impeçam ou tentem impedir a denúncia; que tomem medidas

de retaliação; que instaurem processos vexatórios; e que violem o dever de manutenção da confidencialidade da identidade (artigos 23 e 24).

A Diretiva (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019), em seu art. 19, igualmente pretendeu ser exauriente ao prever todas as possíveis hipóteses de retaliação, incluindo ameaças e tentativas de retaliação direta ou indireta e em particular: a) suspensão, despedimento ou medidas equivalentes; b) despromoção ou não-promoção; c) alteração de funções, alteração do local de trabalho, redução de salários e alteração do horário de trabalho; d) recusa de formação; e) avaliação negativa do desempenho ou referência negativa para fins de emprego; f) imposição ou administração de qualquer medida disciplinar, admoestação ou outra sanção, inclusivamente financeira; g) coerção, intimidação, assédio ou ostracização ; h) discriminação, desfavorecimento ou tratamento injusto; i) não-conversão de um contrato de trabalho temporário num contrato permanente, sempre que o trabalhador tenha expectativas legítimas de que lhe seja oferecido emprego permanente; j) não-renovação ou rescisão antecipada de um contrato de trabalho temporário; k) danos, inclusivamente à sua reputação, nomeadamente nas redes sociais, ou perda financeira, incluindo perda de negócios e perda de rendimentos; l) inclusão numa lista negra, com base num acordo formal ou informal à escala setorial, que implique a impossibilidade de, no futuro, os denunciantes encontrarem emprego no setor; m) rescisão antecipada ou resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços; n) revogação de uma licença ou autorização. o) e consultas médicas ou psiquiátricas.

Trata-se de uma enumeração extensa que, todavia, apenas especifica proibições que já haviam sido tratadas, em um primeiro momento, pela pioneira lei norte americana do *The False Claims Act* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1863). Já naquela norma se previa que qualquer funcionário, contratado ou agente, agindo em nome do governo norte-americano, terá direito a toda a reparação necessária se for dispensado, rebaixado, suspenso, ameaçado, assediado ou de qualquer outra maneira discriminado no emprego em razão da denúncia. A reparação, por sua vez, inclui a reintegração com o mesmo status de antiguidade que empregado teria se não fosse pela discriminação, duas vezes o valor dos pagamentos atrasados e compensação por quaisquer danos especiais sofridos como resultado da



discriminação, incluindo custos de litígio e honorários advocatícios razoáveis (§ 3730. *Civil actions for false claims*, h).

De todo modo, os estudos sobre o tema apontam que garantir confidencialidade e/ou anonimidade ao informante é a medida de proteção mais adequada para a efetividade da legislação.

Silva e Souza (2017) compilando diversas pesquisas sobre a importância do anonimato, sugerem que há evidências no Brasil de maior propensão dos informantes a denunciar fraudes contábeis somente quando o canal é anônimo e operado de forma interna.

Kaplan et al (2012) examinaram a importância do canal de denúncias anônimo previsto no *The Sarbanes-Oxley Act* (2002). Os achados do experimento também indicaram que informantes que receiam retaliações são instados a denunciar ilicitudes quando há canais internos anônimos de denúncia.

Por sua vez, Johansson, Elka e Carey (2016), analisando dados de pesquisas de empresas australianas que foram tornados públicos, encontraram uma associação positiva entre a existência de denúncias anônimas e o número de fraudes relatadas por empregados. Os resultados da pesquisa indicariam, portanto, que canais de denúncia anônimos são meios muito eficazes na detecção de irregularidades. Outro achado relevante da pesquisa seria de que a existência de conselhos diretores independentes não influenciariam propriamente a detecção da fraude, contudo, nessas mesmas empresas, onde há conselhos independentes, se constata mais fraudes justamente porque os gestores são hábeis a implementar canais de denúncia anônima verdadeiramente eficientes.

Para a literatura, não sobejam maiores dúvidas de que garantir verdadeiramente o anonimato, ou a confidencialidade – nem sempre os estudos logram realizar alguma distinção –, seja um mecanismo central para que os informantes de atos de interesse público sejam incentivados a denunciar ilicitudes.

Quando a legislação opta por oferecer uma proteção fraca, pouco precisa e com muitas exceções para a descoberta da identidade do informante, permitindo muito facilmente sua ulterior individualização, ele igualmente opta por não produzir efeitos contundentes. Neste trabalho, defende-se que é o caso da Lei nº 13.608, de

2018. A norma não trouxe para o país uma legislação eficiente de proteção e de incentivo a informantes de crimes.

## **2.4 O informante confidencial na Lei nº 13.608, de 2018**

Como observado, apenas muito recentemente começou-se a se discutir a figura do agente *whistleblower* no Brasil. Antes da edição da Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018 (BRASIL, 2018), e mesmo depois dela, organismos internacionais, como a Transparência Internacional (2019, p. 13) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2015, p. 2), alertaram para os prejuízos em relação ao combate à criminalidade organizada e, destacadamente, para o combate à corrupção que a ausência dessa legislação causava aos países em desenvolvimento. Todavia, em nosso país, o tema apenas ganhou relevância recentemente.

Em uma tímida previsão, a redação original da Lei nº 13.608 (BRASIL, 2018) – *que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais* – apenas previa que: a) as empresas de transportes terrestres que operam sob concessão seriam obrigadas a exibir em seus veículos a expressão “Disque-Denúncia” e expressões de incentivo à colaboração da população e de garantia do anonimato; b) os Estados também seriam autorizados a estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone; c) o informante que se identificar teria assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados; por fim, d) os entes federados poderiam estabelecer formas de recompensa, inclusive em espécie, pelo oferecimento de informações úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos.

Não havia na época a regulamentação de como se daria a confidencialidade do informante (apenas a menção de que seus dados seriam tratados com sigilo), tampouco os valores e formas de cálculo da recompensa. Em verdade, além da faculdade de estabelecimento de serviço de recepção de denúncias por telefone –

sequer obrigação, portanto – nada mais havia a caracterizar uma verdadeira Lei de proteção ao informante, nos moldes do que exposto anteriormente.

Com a edição da Lei nº 13.964, de 2019, o chamado “Pacote Anticrime”, que, em seu bojo, acrescentou outros três artigos à Lei nº 13.608, de 2018, a proteção do informante confidencial no Brasil foi aprimorada, mas ainda segue insuficiente, de acordo com estes mesmos parâmetros de proteção. Vejamos o que foi acrescentado à Lei citada:

**“Art. 4º-A.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

*Parágrafo único.* Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

**“Art. 4º-B.** O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada *em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.*

*Parágrafo único.* A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.

**Art. 4º-C.** Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado. ”

(grifou-se)

O ponto mais sensível da Lei, para os fins deste trabalho, é aquele relacionado à confidencialidade do informante, pois, de acordo com a Lei, a revelação da identidade poderá ocorrer em caso de “*relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*” (art. 4º-B). Ainda que se demande sua concordância formal, como estabelecido no parágrafo único do artigo, é clara a insegurança jurídica gerada pela norma ao relativizar a preservação da identidade nas hipóteses mencionadas.

O conceito jurídico utilizado pela Lei pode alcançar quase qualquer situação. Veja-se que é usual para o Direito utilizar-se de conceitos jurídicos indeterminados para oferecer ao seu operador, em geral um juiz, margem de interpretação adequada para amoldar os fatos à norma. Todavia, referida fórmula usada no art. 4º-B da Lei nº 13.964, de 2019, revela-se excessivamente imprecisa e insipiente.

Como até o presente momento exaustivamente demonstrado, garantir a confidencialidade da identidade do informante é o elemento mais importante para a efetividade de uma Lei que pretenda incentivar a comunicação de atos ilícitos de interesse público ocorridos em ambientes institucionais ou empresariais. Elencar inúmeras exceções à proteção do sigilo da identidade é, portanto, anuir previamente com sua não produção de efeitos.

Veja-se, por exemplo, que sempre haverá algum *interesse concreto para apuração dos fatos*, especialmente considerados fatos muito relevantes ao interesse público. Imagine-se, por exemplo, os casos acima narrados das informantes da Enron e da Worldcom. Saber a identidade dessas informantes, ofereceu a oportunidade para que elas depusessem perante a Câmara dos Deputados norte-americana e apontassem, com detalhes, a fraude que puderam detectar em suas empresas. O mesmo ocorreu no escândalo da Cambridge Analytica (THE GUARDIAN, 2018).

Parece ser bastante claro, no que se refere aos ilícitos de grande repercussão nacional ou mundial, que conhecer o informante permite à sociedade – de fato – possuir uma dimensão mais exata do ilícito ocorrido. Assim, *interesse concreto para apuração dos fatos* quase sempre haverá, considerando a natureza e extrema gravidade dos fatos comumente denunciados. Entretanto, como já exaustivamente apontado, as consequências para a vida do informante e, especialmente, para a apresentação de futuras denúncias por estes e outros informantes são muito mais relevantes.

O mesmo pode-se dizer em relação à revelação em caso “*de relevante interesse público*”. A impropriedade da escolha legislativa é manifesta, não somente pela falta de precisão do termo que acarreta, consequentemente, insegurança jurídica; mas, especialmente, pela menção ao interesse público quando é sabido, de antemão, que a vida e integridade do informante estarão sob ameaça e, por isso, o pedido de preservação de identidade.

Ademais, veja-se que, considerando que é inconteste interesse do Estado a investigação de atos ilícitos que geram relevantes danos sociais, não haverá – nem em tese, nem em concreto – interesse público a legitimar revelação da identidade de um informante confidencial. A escolha legislativa, portanto, não encontra qualquer suporte lógico.

O que existirá – e isso igualmente se considera inconteste – é o interesse concreto do eventual investigado de obter a identificação de um informante que tenha servido como testemunha dos fatos por ele denunciados, em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Como se verá mais a seguir, todavia, o informante anônimo não é testemunha. Já o informante confidencial pode sê-lo e, ainda sim, é defensável que não seja identificável perante o investigado.

Trazendo novamente a lume a Diretiva (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019) da União Europeia sobre o assunto, observa-se que a norma ofereceu proteção mais robusta à identidade dos informantes do que a Lei brasileira. O Parlamento da União Europeia considerou que a eficácia da detecção e da prevenção de infrações requer a garantia de que os potenciais informantes possam comunicar, facilmente e com total confidencialidade, as informações de que dispõem às autoridades competentes para investigar e solucionar o problema (Considerando

61). Defendeu-se, expressamente, que a salvaguarda da confidencialidade da identidade do informante durante o processo de denúncia e dos inquéritos é uma medida *ex-ante* essencial para prevenir a retaliação (Considerando 83).

As regras para a obrigação da confidencialidade, ao final das negociações, estabeleceram-se nos seguintes termos:

#### “CAPÍTULO V REGRAS APLICÁVEIS A DENÚNCIAS INTERNAS E EXTERNAS

##### Artigo 16.º Obrigação de confidencialidade

1. Os Estados-Membros **asseguram que a identidade do denunciante não é divulgada sem o consentimento explícito da pessoa em causa, salvo ao pessoal autorizado competente para receber e/ou dar seguimento às denúncias.** O mesmo se aplica a outras informações que permitam inferir direta ou indiretamente a identidade do denunciante.

2. **Em derrogação do n.º 1, a identidade do denunciante e as outras informações a que se refere o n.º 1 só podem ser divulgadas se tal for uma obrigação necessária e proporcionada imposta pelo direito da União ou nacional no contexto de inquéritos por parte de autoridades nacionais ou de processos judiciais, nomeadamente com vista a salvaguardar os direitos de defesa da pessoa em causa.**

3. As referidas divulgações estão sujeitas a salvaguardas adequadas nos termos das regras aplicáveis. Em especial, o denunciante é informado antes da divulgação da sua identidade, salvo se tal informação comprometer os inquéritos ou os processos judiciais. Ao informar o denunciante, a autoridade competente envia-lhe uma justificação escrita, explicando os motivos da divulgação dos dados confidenciais em causa.

4. Os Estados-Membros asseguram que as autoridades competentes que recebem denúncias contendo segredos comerciais apenas os utilizam ou divulgam para outros fins na medida em que isso for necessário para o correto seguimento a dar às denúncias. ”

(Grifou-se)

A Diretiva, portanto, permite a divulgação da identidade do informante tão somente se for uma obrigação *necessária e proporcional* imposta pelo direito da União Europeia ou pelo Direito nacional, no contexto de inquéritos por parte de autoridades nacionais ou de processos judiciais, nomeadamente com vista a *salvaguardar os direitos de defesa* da pessoa denunciada.

Não se falou em interesse público ou mesmo em um suposto interesse concreto para apuração dos fatos. A norma, ao contrário, corretamente observou que a salvaguarda da confidencialidade do informante é de interesse da União Europeia para a devida a detecção de atos ilícitos de interesse público que comumente permanecem ocultos, e que tão somente a pessoa denunciada tem interesse em afastar referida proteção para exercer sua defesa.

Contudo, e no que interessa precisamente a esse trabalho, a Diretiva não afasta a possibilidade do Direito nacional dos países da União Europeia admitirem denúncias anônimas, distinguindo-se – ainda que de forma tácita – o instituto do anonimato da confidencialidade de identidade do informante.

Com efeito, de acordo com a norma, os Estados-Membros poderão decidir se as entidades públicas e privadas e as autoridades competentes do país devem aceitar e dar seguimento às denúncias anónimas de infrações abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva. Além disso, as pessoas que façam denúncias ou divulgações públicas, sob o escudo do anonimato, continuarão a gozar da proteção legal se forem posteriormente identificadas e alvo de retaliações. Veja-se especificamente o que dispõe o art. 5º, item 2, e o art. 9º, e, da Diretiva (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019):

#### “Artigo 5.º

##### Condições para a proteção dos denunciantes

.....

2. Sem prejuízo das obrigações existentes relativas ao tratamento de denúncias anónimas por força do direito da União, a presente diretiva não afeta a competência de os Estados-Membros decidirem se as entidades públicas ou privadas e as autoridades competentes aceitam e dão seguimento a denúncias anónimas de infrações.

3. As pessoas que comunicaram ou divulgaram publicamente informações de forma anónima, mas foram posteriormente identificadas, podem, no entanto, beneficiar de proteção em caso de retaliação, desde que satisfaçam as condições definidas no n.º 1.

.....”

#### “Artigo 9.º Procedimentos e seguimento de denúncias internas

.....

**e) O seguimento diligente, sempre que previsto no direito nacional, de denúncias anónimas;**

.....”

(Grifou-se)

Portanto, a Diretiva delega ao Direito nacional dos países que compõem a União Europeia a decisão de prever ou não, no ordenamento jurídico interno, a existência de denúncias efetivamente *anónimas* – onde não se distingue nome, dados e qualquer outra característica do informante e nas quais este informante jamais servirá de meio de prova contra o investigado. Apenas adverte-se que, uma vez considerada legal a possibilidade do anonimato, eventual revelação da identidade do informante não afastará as proteções da Diretiva, caso sofram retaliações.

Relembre-se novamente que, no anonimato, nenhuma das partes processuais é sabedora da identidade da fonte – ela é desconhecida para todos e apenas aponta a existência de um ato ilícito. Na proteção da confidencialidade, por sua vez, uma ou mais partes processuais sabem a identificação do informante, vedando-se, na maior parte dos casos, sua revelação pública e, em alguns casos, sua identificação perante o investigado. Referidas hipóteses serão examinadas no capítulo a seguir.



### CAPÍTULO 3 A constitucionalidade do informante anônimo e confidencial

É uma tarefa árdua encontrar na academia jurídica brasileira, especialmente entre os doutrinadores de direito processual penal, uma discussão profunda sobre o que seja o anonimato ou a confidencialidade de um informante de crimes. Tendo em vista a mencionada previsão do inciso IV do art. 5º da Constituição Federal que traz uma informação genérica de que é “vedado o anonimato”, muitos operadores do Direito no Brasil e, até mesmo, o legislador tomaram como absoluta a lição de que o anonimato é proibido por ofender, de forma imediata, o direito à ampla defesa do acusado. A confidencialidade sequer é objeto de preocupação.

A previsão constitucional não impede, todavia, que existam canais para denúncias sigilosas de crimes em alguns estados brasileiros, algumas vezes até mesmo se oferecendo recompensas em dinheiro, a exemplo do “Portal dos Procurados” no Rio de Janeiro<sup>7</sup>. No Ceará há uma “Lei da Recompensa” – Lei nº 16.829 (CEARÁ, 2019) que prevê a possibilidade de conceder-se o “necessário sigilo” ao informante de crimes. No Mato Grosso, a Lei nº 11.078 (MATO GROSSO, 2020), prevê-se, igualmente, ao ‘colaborador’ (*rectius*, informante) o “necessário sigilo”. O mesmo modelo de recompensas foi adotado pelo Estado do Maranhão, pela Lei nº 11.060 (MARANHÃO, 2019) mas que, por sua vez, omitiu-se quanto à possibilidade de oferecer-se sigilo ao informante.

O interessante é que, embora o Supremo Tribunal Federal (STF) defenda que a denúncia anônima não deve ser admitida pelo Direito e, portanto, não legitima a abertura de um inquérito policial, não parece haver grande dificuldade em aceitar-se que a denúncia anônima possa embasar meras investigações prévias, prudentes e discretas, mas que sejam hábeis a iniciar posteriormente um inquérito. O entendimento revela, a toda evidência, um contrassenso.

Referido imbróglio muito provavelmente justifica o fato de que, mais de três décadas após a Assembleia Constituinte, não se ter uma lei processual que verdadeiramente trate do assunto, de forma a conferir proteção aos informantes de

---

<sup>7</sup> Existe um site específico onde é possível utilizar-se a denúncia de forma anônima ou por meio de identificação do informante e pagamento de recompensa (<https://www.procurados.org.br/>).

crimes e segurança jurídica ao tema. A temática é tratada sem qualquer aprofundamento teórico – até pela ausência de Lei federal – e de forma casuística pelos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda que seja este órgão o mais habilitado para conferir interpretação e densidade ao texto literal da Constituição.

Ademais, como já se viu, a Lei nº 13.608, de 2018, não se propôs a tratar verdadeiramente do tema. Sequer optou por denominar o informante de “confidencial”, apenas lhe dando uma insipiente e muito excepcionável garantia de preservação da identidade.

O presente Capítulo buscará, em um primeiro momento, apresentar a tese de que o Constituinte Originário não buscou vedar o anonimato para o processo penal. Em um segundo ponto, serão apontadas as incongruências e incompreensões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Igualmente, serão trazidas algumas luzes às categorias jurídicas até aqui discutidas, buscando definitivamente distingui-las: o anonimato e a confidencialidade. Realizada a distinção, defender-se-á a possibilidade constitucional do informante confidencial.

### **3.1 A vedação ao anonimato e as discussões da Assembleia Constituinte**

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IV, aduz que: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Como se vê, o dispositivo não fala especificamente que é vedada a realização de denúncias anônimas, como direito do investigado de contraditar seu denunciante em um processo judicial ou administrativo. Aduz, de maneira bem geral, que o anonimato é proibido. O tema tampouco se localiza topograficamente no art. 5º entre os incisos que tratam de matéria penal e processual penal (inciso XXXVIII a LXVIII).

O inciso IV do art. 5º se inicia com uma importante liberdade, extremamente cara aos Estados Democráticos de Direito: a liberdade de manifestação do pensamento, de se dizer o que se pensa, sem censura prévia. O contexto da criação do citado direito era de um país recém-saído de ditadura, época em que a vigilância de um cidadão sobre o outro, o nacionalismo tóxico e o clima de denunciismo eram armas do Estado policaresco para a perseguição de inimigos políticos.

Nos dispositivos seguintes, a Constituição (BRASIL, 1988) estabelece, como limite a essa liberdade de manifestação do pensamento, o direito de resposta, proporcional ao agravo (inciso V) e, logo após, enumera a liberdade de consciência e de crença (inciso VI); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso VII); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso VIII), etc.

O que se quer apontar com essa breve explicação é que o princípio da vedação ao anonimato não foi criado pelo Constituinte Originário para ilidir a denúncia anônima especificamente no processo penal. O dispositivo assegura a *liberdade de pensamento*, mas pondera que essa liberdade não pode ser utilizada como escudo anônimo para infâmias. Por tal razão, à toda manifestação, garante-se um imediato direito de resposta e há limitações contra abusos casualmente decorrentes de ação nos meios de comunicação.

A questão parece ser meramente teórica, e sem maiores implicações práticas, mas não o é. Com efeito, ao enfrentar a temática das denúncias anônimas no processo penal, como se verá mais a seguir, o Supremo Tribunal Federal (STF) seguidamente sustenta que essas são vedadas pelo art. 5º, inciso IV, da Constituição. Assim, o informante de um ato, ainda que criminoso, deve ser nominalmente identificado, sob pena de nulidade. Os julgados “temperam” a rigidez da vedação ao anonimato com argumentos que, se revelam, sem consistência lógica ou dogmática.

Veja-se, desde já, que as linhas argumentativas desenvolvidas pelo STF nos seus julgados sobre o tema utilizam a generalização de uma garantia que é vinculada à liberdade de manifestação do pensamento. Para chegar-se a tal compreensão, todavia, é necessário examinar-se as discussões travadas durante a Assembleia Nacional do Constituinte, visando-se encontrar o contexto histórico desse direito à liberdade.

Com efeito, durante 1987 até outubro de 1988, o Brasil efervescia com as notícias diárias sobre as discussões da Assembleia Nacional Constituinte. Parlamentares das mais diversas orientações ideológicas, nas Comissões, Subcomissões e no Plenário, buscavam convencer os demais colegas sobre o acerto e desacerto de determinado dispositivo ou de sua redação final.

Não foi diferente com relação ao princípio da vedação ao anonimato. Este não estava expressamente previsto no Anteprojeto Afonso Arinos. Naquela ocasião, teve-se o cuidado de apenas prever muito claramente no art. 19 do Capítulo II (Dos Direitos e Garantias) a liberdade de manifestação do pensamento, igualmente observado que abusos seriam combatidos. Vejamos (ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL, 1986, p. 6):

**“Art. 19 – É livre a manifestação do pensamento, de crença religiosa e de convicções filosóficas e políticas.**

§ 1º – As diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos às leis de proteção da sociedade.

**§ 2º – Cada um responderá, na forma da lei, pelos abusos que cometer no exercício das manifestações de que trata este artigo.**

§ 3º – Não é permitido o incitamento à guerra, à violência ou à discriminação de qualquer espécie”

(Grifou-se)

Foi após as audiências públicas e reuniões de Comissões e Subcomissões que se observou a necessidade de se prever a vedação ao anonimato, assegurada a liberdade de manifestação do pensamento. O anonimato impediria a responsabilização de eventual caluniador que, utilizando-se da arma da liberdade de expressão, causasse danos à imagem e à honra de outrem.

Iria muito além dos objetivos desse trabalho, todavia, reproduzir toda a discussão travada sobre o dispositivo do inciso IV do art. 5º durante os trabalhos da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais e do próprio Plenário, embora não muito extensas (Vide Ata Da 43ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, Em 1º De Abril de 1987; Ata Da 191ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de Fevereiro de 1988; ata da 224ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 14 de março de 1988; Ata da 248ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 14 de abril de 1988). Ademais, o tema não foi discutido de forma profunda pelos parlamentares constituintes que compunham a Subcomissão.

Irá se centrar, portanto, unicamente nos trabalhos da Comissão de Sistematização sobre o dispositivo, desde já se pedindo escusas pela extensão do

trecho destacado. Veja-se (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, SUPLEMENTO C, p. 155 a 162):

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Está reaberta a reunião. Destaque nº 389/87, do Sr. José Genoíno, "que suprime a expressão" "e excluída a que incitar violência ou defender discriminação de qualquer natureza, constante do art. 5º, § 5º, do Substitutivo nº 2". (34.ª votação). Destaque nº 389, de 87, do Constituinte José Genoíno, destaque supressivo. Solicita a supressão da expressão "e excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza" constante do § 5º do art. 5º do Substitutivo II.

Tem a palavra o Sr. Constituinte José Genoíno.

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ GENOÍNO: – O nobre Constituinte Antônio Brito vai defender o nosso destaque.

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Constituinte Antônio Brito, tem a palavra V. Ex.<sup>a</sup>, por cinco minutos, para a defesa do destaque.

O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO BRITTO: – Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, o § 5º, submetido à votação neste momento, estabelece três princípios fundamentais, para que no campo da liberdade de expressão se consiga atingir, o que é o objetivo maior dos trabalhos desta Constituinte: o alcance de um Estado democrático de direito.

**No primeiro de seus preceitos, o § 5º afirma, pela redação dada originalmente pelo Relator, nobre Constituinte Bernardo Cabral, que "é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato e excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza."** Conforme entendimentos que mantivemos, também, com o Relator Bernardo Cabral, estamos propondo, com base em destaque apresentado pelo Constituinte José Genoíno e por tantos outros ilustres companheiros Constituintes, entre eles, o Constituinte José Thomaz Nonô, a supressão da expressão "excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza". A razão é extremamente simples. **O que aqui se vota, neste momento, é o conjunto de direitos e de liberdades fundamentais e, evidentemente, esta Constituição não poderá retroceder na história constitucional brasileira, estabelecendo no princípio fundamental qualquer outro que não da livre manifestação do pensamento. Lá adiante, no Capítulo "Da Comunicação", se este for o entendimento dos Constituintes, cuidar-se-á de estabelecer as eventuais limitações contra abusos casualmente decorrentes de ação nos meios de comunicação. Mas o princípio geral que deve ficar estabelecido, porque este é o democrático, é aquele que, historicamente, a sociedade brasileira tem afirmado através dos textos constitucionais: é livre a manifestação do pensamento.** Portanto, a exclusão que ora se propõe visa a esse objetivo. Gostaria de acrescentar dois comentários: está aqui no texto do Substitutivo a expressão "vetado o anonimato". É preciso que fique claro, nesta Casa, que esse anonimato, segundo

todas as interpretações que não são novas, porque o dispositivo não é novo, visa assegurar o quê? **Visa assegurar que nenhuma publicação se faça de forma irresponsável, quer dizer, toda a publicação tem um responsável que é, ou o jornalista que assina a reportagem, comentário ou a notícia, ou, na ausência dessa assinatura, o diretor. Este tem sido o princípio fundamental na legislação da imprensa brasileira. Assim se pode observar a necessidade e a conveniência da manutenção do dispositivo que estabelece a vedação ao anonimato.**

Por último, Srs. Constituintes, eu gostaria de cumprimentar, elogiar o nobre Relator Bernardo Cabral e tantos Constituintes que contribuíram para que este texto constitucional tenha a melhor formulação que já teve o direito de resposta na história constitucional brasileira. Estávamos acostumados simplesmente à citação de que era assegurado o direito de resposta. Hoje, com a nova formulação, avançamos em relação do que há de melhor neste campo, determinando que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo"...

.....

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Tem a palavra o Sr. Constituinte Mendes Ribeiro, para encaminhar contra. V. Ex.<sup>a</sup> disporá de 5 minutos.

O SR. CONSTITUINTE MENDES RIBEIRO: – Segundo o que aqui foi dito pelo Constituinte Antônio Britto, esta disposição constitucional – e aqui fala um homem com 35 anos de comunicação – é uma das mais preciosas colocadas no novo texto da Carta. **O anonimato de que se fala, que se quer e que qualquer um entenderá, é o que deve ser combatido; Não é o anonimato que se pensa ter, ou seja, é o anonimato que busca a impossibilidade de continuar alguém, irresponsavelmente, falando. Chamo a atenção de V. Ex.<sup>a</sup> a toda responsabilidade tem que caber liberdade, mas a qualquer liberdade tem que caber responsabilidade. A liberdade de pensamento, a liberdade de expressão é uma das coisas mais caras ao cidadão. Quando se diz "vedado o anonimato", a intenção é saber a quem se dirigir. Alguém tem que ser responsável! Muita gente entendeu assim: está desprotegida a fonte da notícia. Não! Que se proteja a fonte da notícia, mas assuma aquele que deu a notícia, assumo o responsável pelo órgão! Por outro lado, tem-se, aqui, algo de muito importante, ou seja, que o direito de resposta jamais foi proporcional ao agravo e, mais ainda, que a deformação da imagem de alguém tem que ter o correspondente ressarcimento.**

.....

A SRA. CONSTITUINTE ROSE DE FREITAS: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Assomo a tribuna para defender a emenda supressiva do Constituinte José Genoíno, por ser semelhante à apresentada pelo Constituinte Paulo Ramos e por mim. E gostaria de esclarecer um equívoco do orador que me antecedeu nesta tribuna e devo ler para os Srs. Constituintes, pedindo atenção para o texto, porque o original do Relator tem a expressão: "excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza". A proposta do

Constituinte José Genoíno é a seguinte: "é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Portanto, houve um equívoco do orador que me antecedeu, porque a expressão "vedado o anonimato" permanece como forma inclusive de apurar as responsabilidades dos abusos que se cometer diante da manifestação do pensamento. Gostaria de chamar a atenção dos companheiros para o fato de que esta emenda visa ser intérprete do mais legítimo pensamento da liberdade de expressão e da criação artística. **Entendemos que a inclusão desse texto, por parte do nobre Relator, incita, de certa maneira, a múltipla interpretação extremamente perigosa, que coloca tanto a expressão quanto como a criação artística a serviço de uma censura, que não gostaríamos de coibir dentro de um regime democrático. Abre, inclusive, precedente a uma censura proibitiva que a democracia não pode assimilar ou defender, que é o cerceamento à liberdade de expressão e criação. Portanto, o que queremos, agora, é garantir essa liberdade, com responsabilidade.** Quanto à questão da discriminação à violência, que já foi tratada no parágrafo anterior – entendemos que outros assuntos a serem abordados a respeito devem ser tratados na lei ordinária – gostaríamos de justificá-lo dizendo que, para defender e assegurar essas prerrogativas da democracia, queremos incentivar os companheiros ao apoio da emenda José Genoíno, inclusive retirando a nossa própria, por entender que, nos princípios fundamentais, não se pode, hoje, incentivar qualquer tipo de censura que venha a ser interpretada amanhã, dependendo do regime que perdure neste País, como coibindo a liberdade a que temos direito. Digo isto não só como jornalista, digo isto como escritora, como cidadã. Entendemos que o estado democrático não pode incentivar esse tipo de comportamento. Quero, novamente, ressaltar que a emenda José Genoíno ressalva o direito das responsabilidades deixando que os abusos cometidos sejam respondidos de acordo com a lei. Portanto, o texto a ser permanecido: "É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além ,de indenização de dano material, moral ou à imagem."

.....

O SR. CONSTITUINTE JOÃO MENEZES: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Parece-me que o § 5º do art. 5º do Projeto é da maior importância. E me suscita uma grande dúvida quando diz: "É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato." Muito bem! Vedado o anonimato e a responsabilidade do jornal, é daquele que assevera determinado fato. Mas, pergunto, por exemplo, vamos tirar aqui o direito que tem, hoje, o jornalista, que tem o noticiário, aquele que apanha uma norma qualquer e denuncia ou diz no jornal, e conseqüentemente sai no jornal, na imprensa, no rádio e na televisão? E, depois, pode ele ter o direito de manter consigo a reserva da fonte de informação ou não? Esta é a grande dúvida que fica com este parágrafo. O que me pergunto é isto, o que me parece um assunto da maior importância. Há pouco tempo, presidi uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em que o jornalista veio prestar depoimento e ele se negou a dar informação sobre o fato denunciado, escudado

num direito que julgava que tinha e que tem de manter a reserva, de guardar o segredo. **Então, pergunto: com esse dispositivo que está aqui no projeto, isto vai cair? Vai acabar esse direito que o cidadão tem de não citar a fonte de onde ele obteve a informação? Parece-me que esse fato é da maior importância e que precisa ficar esclarecido.** A emenda parece-me que reduz o artigo – "é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato" – e exclui o restante da frase. Ora, esse § 5º parece-me também defeituoso, mas não pode ser derrubado por esta emenda; deve haver outras emendas no curso deste processo que vão esclarecer o assunto. **A questão do anonimato do informante, do jornalista informante, tem que ficar esclarecida, porque em todo o mundo democrático esse direito é garantido.** Com esse dispositivo, poderemos criar, talvez, grandes confusões. Por outro lado, diz aqui: "assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo". Parece-me que isso pode ser uma violência. Imagine que você tenha um agravo da maior violência, que ofenda a sua família, e vá até à violência física, pelo que está aqui, você pode até argumentar com este dispositivo e ter o direito de dar a resposta no mesmo caminho. Este é um artigo que me parece precisa ser demasiadamente amadurecido e estudado pelos Srs. Constituintes, porque a defecção de que trata a emenda também não pode ser aceita. Voto favoravelmente ao dispositivo, embora achando que essa questão do anonimato precisa ser esclarecida, como também a discriminação. Como vamos determinar aqui, como vamos conseguir fazer discriminação política, uma discriminação política, como é que vamos fazê-la? É um pensamento político, como vamos discriminar? E aqui se está proibindo qualquer discriminação, de toda e qualquer natureza. É um assunto complexo que precisa ser refletido pelos Srs. Constituintes.

.....

A SRA CONSTITUINTE ROSE DE FREITAS: – Sr. Presidente, é só uma questão de esclarecimento. **O nobre Constituinte colocou que a questão do vedar o anonimato se refere à questão das fontes de cada profissional; não se restringe a esse assunto, até porque preserva, no exercício da profissão, o direito de cada um. O que queremos dizer é que deve haver responsabilidade.**

.....

Destaque n.º 4.232/87, do Sr José Serra – Emenda ES-23.392-1, do Sr. Rodrigues Palma, "que exclui expressão do § 9.º do art. 6.º do Substitutivo n.º 1 (art. 5º § 5º, do Substitutivo n.º 2)." Exclua-se do § do art. 6.º, a expressão: "vedado o anonimato" e excluída "quem incitar a violência ou defender a discriminação de qualquer natureza". Ainda não foi atendido, porque na outra votação não se exclui: "vedado o anonimato".

.....

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ SERRA: – Sr. Presidente e Srs. Constituintes, entendo que o meu destaque não está prejudicado pela votação do destaque anterior. Uma vez que propunha suprimir "vedado o anonimato" e excluir "a quem incitar a violência ou defender a discriminação de qualquer natureza". Foi suprimida a expressão e excluída: "a quem incitar a violência ou defender a discriminação de



qualquer natureza". Mas a questão da vedação do anonimato não foi prejudicada. **O meu argumento no caso é de que essa expressão "vedado o anonimato" é, na melhor das hipóteses, supérfluo dentro do termo. Por quê? Porque o texto do Substitutivo preserva a hipótese de que a veiculação de qualquer notícia tem um responsável, que é o jornalista que assina a matéria ou a direção do Jornal. Creio que a expressão "vedado". anonimato" pode levar a interpretações que conduzam a situações absurdas, por exemplo, de revelação de fontes de informação de jornalistas.** Uma expressão desse tipo, no caso, por exemplo, do fenômeno de Watergate, nos Estados Unidos, teria impossibilitado que a imprensa exercesse o papel que exerceu naquela oportunidade - e levada ao extremo, ela pode realmente levar a situações em que se cometam abusos com relação ao exercício da liberdade de imprensa. Os jornalistas vivem com a informação e não devem ser obrigados a revelar a fonte da informação. Agora, na medida em que não revelem a fonte da informação, eles são responsáveis por essa informação. **Portanto, a supressão dessa expressão não cria uma situação de irresponsabilidade, apenas torna responsável o jornal ou o jornalista que veiculou a informação, mas não obriga a divulgação da fonte. Há vários casos - eu citei o caso de Watergate há o caso com relação a investimentos estatais, por exemplo, da Ferrovia Norte-Sul, que independentemente da opinião que se tenha a respeito do mérito desse investimento, se jornalista for obrigado a revelar a fonte da sua informação ele estará sendo coagido no direito de informar, no direito de levar questões à opinião pública. Sei, por outro lado, que a questão de não divulgar fontes de informação também pode levar a abusos, no sentido de se inventarem fontes de informação para com isso atacarem a honra ou ofenderem a respeitabilidade de pessoas. Mas há outros dispositivos, dentro desse texto constitucional, que permitem enfrentar essa questão, uma vez que o próprio jornalista ou o jornal serão responsáveis pela questão que estão afirmando, caso não veiculem a fonte de informação que estão invocando. Por isso, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, proponho a supressão da expressão "vedado o anonimato". Ela é, na melhor das hipóteses, supérflua e, na pior das hipóteses, pode ser utilizada como instrumento de coação na liberdade de informação, que é tão fundamental para o desenvolvimento da democracia em nosso País.**

.....

O SR. CONSTITUINTE MENDES RIBEIRO: – Sr. Presidente, encaminhei contra no destaque anterior, embora sabendo que a parte relativa à comunicação, de certa forma, contemplava a figura. Lá, na comunicação, remete para a lei mecanismos que ela criará para evitar a violência e a discriminação. **Neste caso, Sr. Presidente, de forma alguma isso interfere na liberdade de imprensa. Muito pelo contrário, isso valoriza extremamente o profissional. O profissional, que é responsável, preserva a sua fonte, mas vale investigar a veracidade da informação. E no momento em que ele investiga a veracidade da informação, ele a torna sua. Não vejo como destruir liberdade imputando responsabilidade.** Seria o primeiro a me insurgir contra isso. Sou primeiro a me insurgir contra

qualquer coisa que possibilite – eu e qualquer outro jornalista – atirar um travesseiro de penas para o ar e depois não recolhê-las todas, que aliás é muito difícil. Acho que é uma conquista, Sr. Presidente. O destaque anterior, dado como vitorioso pelo Plenário, não desfigura texto porque está lá contemplado no Capítulo das Comunicações, mas este desfiguraria. Também é mais perigoso ainda, quando se quer que agravo não seja proporcionalmente respondido. Tem que ser proporcionalmente, não apenas respondido, como ressarcido. Esse é um princípio primário de justiça. Portanto, Sr. Presidente, mais uma vez, sou pela manutenção do texto. Na vez anterior ele não foi desfigurado porque o mandamento continua lá, embora remetido para além, no Capítulo das Comunicações, aqui será desfigurado, o que, a meu juízo, respeitando é claro, o que a maioria determinar, o que seria lamentável. Era o que desejava dizer, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Com a palavra o Constituinte Artur da Távola, segundo orador para encaminhar contra.

O SR. CONSTITUINTE ARTUR DA TÁVOLA: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, é evidente que não estamos diante de uma decisão fácil. Este não é um dos casos em que a chamada verdade se agrupa por inteiro de um dos lados. Será decidido por aspectos predominantes dentro do tema e não pela ilusão ou idéia de que o “verás” se encontra de um lado, e o “não verás” de outro. **É preciso - e falo aqui, neste momento, não como Constituinte, mas como jornalista - não confundir o anonimato, que é o ato de se ocultar no não-nome, ou seja, na existência de alguma responsabilidade, com a preservação da fonte, que é, evidentemente, um dos aspectos fundamentais do desempenho jornalístico. O texto proposto não está proclamando que a proteção da fonte está proibida. Isto seria um despautério; ele está exatamente no parágrafo do Capítulo que tem a ver com os direitos fundamentais, nos quais se baseia a construção da nova ordem jurídico-social deste País, dizendo que o anonimato é vedado porque é a fonte principal da calúnia (palmas), é a fonte principal da mais solerte maneira de alguém utilizar o poder contra o outro, de esconder-se.** O anonimato está para o jornalismo como a tocaia está para o Direito Penal (palmas). E mais, não apenas o anonimato se expressa em órgãos de comunicação - jornais revistas - mas também nos panfletos mentirosos que, às vésperas de eleição, são assacados contra políticos. (Muito bem, Palmas.) e as formas asquerosas da calúnia e da solécia que, por meio de cartas anônimas, são enviadas tantas vezes publicadas que se está neste instante tentando acautelar é o direito da claridade que é consentâneo com a liberdade, no Capítulo da Liberdade, no parágrafo que se refere à liberdade, o instituto da responsabilidade. Quem usa um meio de comunicação deve fazê-lo com a responsabilidade de estar atendendo a algo que toca muito profundamente à honra alheia, à consciência alheia, valores, enfim, que estamos tentando prezar nesta Casa. Só há um caso, para mostrar a dificuldade do tema, em que o anonimato às vezes protege: nas ditaduras. Realmente, nas ditaduras, o anonimato tantas vezes protege, sobretudo nas ditaduras cruéis e tirânicas; porém, neste instante da vida brasileira, felizmente não estamos fazendo um estatuto da ditadura, mas estatuto da democracia.

.....

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ SERRA: – **Face aos esclarecimentos do Constituinte Artur da Távola, e de manifestações que escutei do Plenário, retiro o meu pedido de destaque.** (Muito bem! Palmas) (grifou-se)

O longo excerto extraído da Reunião da Comissão de Sistematização do dia 28 de setembro de 1987 revela quais eram as preocupações dos constituintes. A liberdade de manifestação do pensamento era um dos pilares da matriz liberdade e deveria ser ampla o suficiente para que não fosse permitida qualquer forma de prévia censura. Todavia, essa liberdade não poderia ser “irresponsável” e à toda publicação haveria de existir um nome para posterior indenização por danos morais. Assim, ainda que fosse a fonte do fato anônima, o veículo de publicação deveria se responsabilizar pelo dano causado.

Ademais, desde já se observe que o constituinte Artur da Távola logrou perceber que, em verdade, veda-se o anonimato para permitir a responsabilização do caluniador nos meios de comunicação de grande alcance – do difamador de caráter – , mas que seria admitida pelo texto da nova Constituição a confidencialidade da fonte jornalística informante. A mesma conclusão chegou a constituinte Rose de Freitas.

Vale destacar também as objeções dos constituintes João Menezes e José Serra, acima. Estes se demonstraram sensivelmente preocupados com a redação do dispositivo, pois não assegurava expressamente o sigilo da fonte jornalística que deveria permanecer ‘anônima’ (*rectius*: na maior parte das vezes confidencial, pois sabida pelo jornalista, mas não pelo público), sob pena de se coagir a liberdade de imprensa.

Cita-se especialmente o pedido de destaque do Constituinte José Serra, ainda que, posteriormente retirado (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, SUPLEMENTO C, p. 162). O Constituinte observou que melhor seria a supressão da expressão “vedado o anonimato”, pois ou ela seria supérflua (pois nada diria, já que a fonte de informação jornalística continuaria podendo ser anônima) ou poderia ser utilizada futuramente como instrumento de coação na liberdade de informação, que seria fundamental para o desenvolvimento da democracia.

As preocupações dos constituintes, contudo, foram em parte superadas pela redação final do inciso XIV do art. 5º: “é assegurado a todos o acesso à informação e

*resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”. Aqui a Constituição assegura, expressamente, que são permitidas informações sigilosas, quando necessário à profissão de jornalismo e à proteção do interesse público de se revelar atos ilícitos. Percebeu-se a central relevância da mídia (e da fonte protegida pelo sigilo) para o desenvolvimento de uma democracia.

Esses eram, em apertada síntese, os pontos discutidos sobre o alcance do art. 5º, inciso IV, da Constituição, quando de sua elaboração. E como, de fato, a história demonstra a cada dia (*Watergate, Chernobyl, Crise das subprimes* de 2008, *Wikileaks, Cambridge Analytica*), a mídia é responsável pela maior parte de publicização dos atos criminosos e de ilicitudes contra o interesse público em qualquer democracia moderna. Assim, impor ao jornalista o dever de revelar seus informantes é pôr em cheque as bases do Estado Democrático de Direito.

Assim, um primeiro ponto que urge ser compreendido é que a vedação do art. 5º, inciso IV, encerra uma garantia aos direitos de liberdade; o mais sensível deles em uma democracia: a liberdade de se expressar, sem censura, ainda que haja ulterior responsabilização pelo que foi dito. E, ainda sim, a mesma Constituição garante ao jornalista que tornou pública a informação (e que poderá ser responsabilizado pelos danos causados por essa informação) o direito de proteger a identidade da fonte.

Mas, as outras situações de confidencialidade e/ou anonimato não restaram previstas pela Constituição ou sequer foram discutidas pelos constituintes durante os trabalhos da Comissão de Sistematização. O receio quanto à censura era de tal monta que nem o termo “na forma da Lei” fora admitido para contemplar temperamentos à cláusula. Recorde-se que o Brasil se democratizava após décadas de ditadura, e essa circunstância norteou as ações e inações dos Constituintes. Talvez por essa razão, toda discussão sobre liberdades constitucionais se cercava de muito zelo e meditação.

Entretanto, mais uma vez repise-se, o art. 5º, inciso IV, não se localiza topograficamente entre as garantias processuais penais; tampouco historicamente se remeteu ao direito processual penal. Entende-se que a temática das denúncias anônimas para subsidiar o início de inquéritos policiais não foi tratada no texto da Constituição Federal.

### 3.2 As discussões sobre o anonimato no Supremo Tribunal Federal

As denúncias anônimas, ou *notitia criminis* inqualificadas, se tornaram um desafio à exegese da Constituição Federal por parte do Supremo Tribunal Federal – STF.

A Corte discute há décadas como ser possível se vedar o anonimato e, ao mesmo tempo, se permitir o início informal e discreto da investigação criminal com base em denúncia anônima. A dificuldade consiste, como se verá, na interpretação do alcance de uma garantia que – para a maioria dos ministros do Supremo – é literal e ilimitada (e, portanto, vedado o anonimato pela Constituição em qualquer de suas formas). Ademais, a Corte nunca enfrentou a distinção entre anonimato e confidencialidade, diferença que acarreta consequências muito relevantes.

De todo modo, conscientes de que o mundo real não compreende a complexidade das epopeias jurídicas, e que grande parte dos crimes – que não ocorrem em flagrante delito – são apenas descobertos por comunicações anônimas, a Corte decidiu esquivar-se da problemática ao construir uma saída criativa para legitimar-se o anonimato inicial de uma notícia de crime. De acordo com o voto condutor do ministro Celso de Mello, nos autos do Inq 1.957, (DJ de 11-11-2005), assim estabeleceu-se:

(...) deixo assentadas as seguintes conclusões:

(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.); (b) nada impede, contudo, que o poder público provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a

**promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas;** e (c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua *opinio delicti* com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos. [Inq 1.957, rel. min. Carlos Velloso, voto do min. Celso de Mello, j. 11-5-2005, P, DJ de 11-11-2005].

(Grifou-se)

= HC 99.490, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011

= HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-3-2010, 1ª T, DJE de 30-4-2010

= HC 90.178, rel. min. Cezar Peluso, j. 2-2-2010, 2ª T, DJE de 26-3-2010

= HC 132.115, rel. min. Dias Toffoli, j. 6-2-2018, 2ª T, DJE de 19.10.2018

A construção do ministro Celso de Mello, no referido *leading case*, que prossegue sendo utilizado pelos ministros do Tribunal, revela-se um tanto artificiosa e pouquíssima clara. Ora, adverte-se que a Constituição veda o anonimato – está vedado, portanto – mas, se ele fundamentar, por incontestável causalidade, futuras investigações pela polícia não haverá ilegalidade alguma e ele deixa de ser único suporte causal (conquanto o único, no início da persecução, quando o fato era por todos desconhecido). A conclusão é de que o documento apócrifo justificaria o início – preliminar, discreto e prudente – das investigações, mas os atos decorrentes não seriam nulos. Todavia, quando ocorreu a ruptura da cadeia causal ou informou-se uma fonte independente, hábeis a afastar o início viciado do processo penal?

Ainda de acordo com as decisões acima citadas, a denúncia anônima deve ser “escondida” (desvinculada) do processo penal para que não se cause a consequente nulidade. Ela pode fundamentar, na prática, as movimentações do sistema de justiça criminal, todavia, nenhuma referência a sua existência poderá constar dos autos.

Assim, resta clara a opção por uma vedação meramente formal, para superar contingências práticas relacionadas à necessidade de se apurar alguns crimes, mas sem preocupar-se com qualquer desenvolvimento lógico-sistemático do fundamento da garantia.

Os julgados sobre o tema no STF produziram efeitos muito práticos (e nocivos) ao desvendamento de ilicitudes. Com efeito, a Resolução STF nº 361 (BRASIL, 2008) – que dispõe sobre a Central do Cidadão no Supremo Tribunal Federal–, expressamente vedou a possibilidade de reclamações, críticas ou denúncias anônimas (art. 5º, II), sob pena de liminar rejeição. Além disso, o Plenário da Corte, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.405/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade da expressão “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443 (BRASIL, 1992<sup>8</sup>), expressão posteriormente suspensa por Resolução do Senado Federal.

Atualmente, portanto, as denúncias anônimas dirigidas à Corte Suprema do país e ao principal órgão de controle da legalidade, legitimidade e economicidade dos gastos públicos (TCU) encontram-se proibidas, com as deletérias consequências que advém desse impedimento para a descoberta de atos ilícitos de grande interesse público.

Todo o imbróglio seria evitado, contudo, se tivesse sido dada a compreensão correta ao direito inserto no inciso IV do art. 5º. Como visto nas discussões da Assembleia Constituinte, a vedação ao anonimato é um limite expresso à livre manifestação do pensamento, para que cidadãos não sejam maculados em sua honra e imagem, alijados de oferecer resposta e buscar futura reparação.

---

<sup>8</sup> Vale ressaltar que a legislação mencionada sofreu modificações pela Lei nº 13.866, de 26 de agosto de 2019, mas que, em uma primeira análise, não alterarão substancialmente a base de argumentação levada a efeito pelo Tribunal nos autos do mandado de segurança acima mencionado. Vejamos o novo texto do art. 55 da Lei nº 8.443, de 1992:

“Art. 55. No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria.

§ 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia. (Expressão suspensa pela Resolução SF nº 16, de 2006)

§ 2º O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

§ 3º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter o sigilo do objeto e da autoria da denúncia quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (Incluído pela Lei nº 13.866, de 2019)”.

O Constituinte, considerando todo o exposto, não construiu a vedação ao anonimato para o processo penal, mas para limitar a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. O anonimato, portanto, não é – por si só – proibido no processo penal. A cautela que parece ser bastante lógica – e honesta dogmaticamente – é que, dada a sua inconsistência, o anonimato não deve ser usado para infligir ou justificar qualquer medida que restrinja os direitos do futuro investigado. Ele deve tão somente mover o aparelho de investigação estatal para a apuração preliminar dos fatos apontados.

Ademais, toda a discussão sobre o anonimato no processo penal deve considerar a sua central importância para a descoberta de crimes e o inegável interesse público de que isso ocorra. Obviamente, para não se instituir uma cultura irresponsável de denunciismo, a lei deve determinar aos órgãos de investigação criminal a salvaguarda de sigilo e efetiva prudência numa investigação preliminar que se inicie por comunicação anônima.

É central, todavia, compreender-se que, quanto às denúncias anônimas, a publicidade ou registro ou identificação daquela pessoa que notícia um ato ilícito não é relevante. Com efeito, o investigado, nesse momento, de nada se defende. Há uma mera apuração de fatos – imputados como ilícitos ou criminosos – pelo Estado, dado seu dever de proteção em relação aos demais cidadãos. Com efeito, toda notícia de crime deve ser apurada, porquanto de interesse da sociedade.

Repise-se que, quando desta apuração, não há que falar-se em contraditório ou ampla defesa, porque não existem elementos de provas contra o eventual acusado, mas tão somente notícias de fatos. As provas, se houver, serão construídas durante o inquérito policial, posteriormente instaurado, após a análise preliminar da comunicação destes fatos, garantidos, durante o processo judicial, os direitos de defesa.

E ainda que o informante ofereça documentos anonimamente – um dossiê, por exemplo – esses documentos só virarão provas após a referida investigação preliminar e, obviamente, após esse momento o acusado terá oportunidade de confrontá-las. De todo modo, não há direito de o acusado confrontar o informante anônimo, pois trata-se apenas do mensageiro, do encarregado pela notícia de algo. O direito de confronto deve ser direcionado contra a mensagem em si.



Portanto, falar-se em vedação ao anonimato no processo penal é equivocado. O anonimato não é vedado, mas, tão somente, não habilita o início imediato de um processo penal justamente porque ainda não há provas que tenham sido objeto de diligências prévias.

Veja-se que pode se discutir se o anonimato demanda tratamento infraconstitucional para estabelecer eventuais limites (apenas para fatos de interesse público, por exemplo) e também quais as cautelas deverão possuir os agentes públicos envolvidos na apuração (dever de sigilo; utilização de procedimentos que não deixem registros em sistemas de informação; etc.), mas não pode ser proibido – *a priori* e abstratamente – sob pena de consequências sociais nefastas vinculadas à impunidade.

Ademais, deve ser especialmente notado que a leitura literal da norma do art. 5º, inciso IV, dificulta a apuração de todo tipo de crime, mas destacadamente daqueles mais complexos que geralmente não são revelados pelo flagrante delito, como a chamada macrocriminalidade (LIRA, 1995) – crimes financeiros, econômicos, tributários, lavagem de dinheiro, e, principalmente, a corrupção.

Como apontado no Capítulo 1, crimes de origem econômica possuem um *modus operandi* que dificultam – se não impossibilitam – uma investigação que não se inicie pela ação de um informante. Ademais, também como já visto, esse informante se utiliza do escudo do anonimato para evitar retaliações. E quanto mais relevante e mais grave o crime, maior a retaliação sofrida.

Em verdade, como observado pela objeção do Constituinte José Serra, acima destacada, já havia a preocupação de que o dispositivo pudesse ser usado como instrumento de coação na liberdade de informação, fundamental para o desenvolvimento das democracias, e acresça-se, em especial no que atine às informações de interesse público, como as notícias de crime. Assim, a preocupação com o alargamento não refletido da vedação ao anonimato já era preocupação dos próprios constituintes.

De outro lado, como já dito, é necessário igualmente perceber-se que a identificação daquele que formula a notícia de crime poderá ter relevância se se mostrar necessária ao exercício das garantias processualmente asseguradas ao

acusado. É dizer, se o informante serve nos autos também como meio de prova – prova testemunhal –, podendo servir à condenação, emerge o direito de o acusado contraditar o testemunho, na forma do art. 214 do Código de Processo Penal – Decreto Lei nº 3.689 (BRASIL, 1941)<sup>9</sup>.

Contudo, já não se tratará de uma fonte anônima de crime, mas de um informante que pleiteou sua confidencialidade para proteger-se contra eventuais ameaças e retaliações. Este informante, é evidente, poderá convolar-se em testemunha num processo judicial e pleitear proteção, aos moldes da Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas Ameaçadas, Lei nº 9.807 (BRASIL, 1999).

O que se quer dizer, diante de todo o exposto, é que ou o informante é anônimo – e não haverá ofensa ao contraditório e à ampla defesa do acusado, pelos motivos acima narrados – ou ele é confidencial e, então, poderá se discutir em que condições a confidencialidade deve ser admitida no Direito brasileiro, diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Atualmente, nem a mencionada Lei nº 9.807, tampouco a recém modificada Lei nº 13.608, são hábeis a prever verdadeiramente o informante confidencial no Brasil.

Firmada estas premissas, passa-se, então, finalmente a discutir em que termos a legislação brasileira pode contemplar um informante confidencial. A temática se centrará nas garantias de contraditório e da ampla defesa presentes na Constituição, igualmente, trazendo-se a previsão do Pacto de San da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969) e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) sobre o tema. Ademais, serão examinados alguns julgados da CIDH e da TEDH, pois hábeis a conferir a necessária densidade teórica ao debate.

### 3.3 O direito ao confronto do informante

---

<sup>9</sup> “**Art. 214.** Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.”

Como visto acima, a notícia de crime deve ser objeto de apuração. A identificação, publicidade ou registro daquele que somente notícia é irrelevante. Noutro giro, reitere-se, a identificação daquele que formula a notícia de crime terá relevância na medida em que ela se mostre necessária ao exercício das garantias processualmente asseguradas a quem responde a alguma imputação do fato noticiado. Se tratam das garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (1988).

A Constituição brasileira não optou, como a Constituição Norte Americana, em prever expressamente o chamado direito ao confronto de testemunhas. Com efeito, o texto da Constituição dos Estados Unidos da América (1787), assim dispõe expressamente:

**“Artigo [VI] (Emenda 6 - Direitos dos acusados em processos penais)**

Em todos os processos criminais, o acusado gozará do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime foi cometido, cujo distrito deve ter sido previamente determinado por lei e ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; **ser confrontado com as testemunhas contra ele**; ter processo obrigatório para obter testemunhas a seu favor e ter a assistência de advogados para sua defesa.”

(Grifou-se)

A previsão da “*confrontation clause*” não impede, todavia, como já visto, que as leis norte-americanas prevejam a confidencialidade de informantes, ainda que as informações sejam utilizadas para subsidiar investigações. Como é fato notório, em 2020, o presidente Donald Trump foi absolvido pelo Senado Federal de uma denúncia de abuso de poder que fora iniciada por um informante anônimo. A identidade do referido informante ainda não é sabida pelo público, tampouco pelo presidente, e apenas se sabe ser um integrante do serviço de inteligência norte-americano (CNBC, 2019).

O Pacto de San Jose da Costa Rica (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969), norma de envergadura supralegal, por sua vez, prevê o direito de confrontar testemunhas nos seguintes termos:

## **“ARTIGO 8**

### **Garantias Judiciais**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....

**f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.**

.....”

(Grifou-se)

Há, portanto, um direito expresso no art. 8º, nº 2, alínea “f”, do acusado de demandar o comparecimento de testemunhas e de outras pessoas no Tribunal, circunstância que, interpretada de forma literal, impediria a possibilidade legal de um informante ser confidencial nos países que assinaram a Convenção. É o caso do Brasil. Com efeito, a confidencialidade demanda, ao menos, que o informante não seja conhecido pelo acusado, dado o receio quanto às retaliações.

Contudo, compulsando os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o ponto, encontrou-se precedentes que demonstram entendimento contrário à literalidade do dispositivo. Naquelas oportunidades, a Corte reconheceu que, embora seja direito do acusado conhecer as provas contra ele produzidas e de exigir o comparecimento de testemunhas, a previsão do Pacto não impede que a lei nacional preveja, muito excepcionalmente e presentes medidas de compensação, casos de sigilo da identidade, a chamada testemunha sigilosa ou reservada. Veja-se:

**“Corte IDH. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fundo, Reparos e Custas. Acórdão de 29 de maio de 2014. Série C, nº. 279.**

241. A Corte pronunciou-se, em oportunidades anteriores, sobre as violações do direito de defesa de interrogar as testemunhas em casos que tratavam de medidas que, no marco da jurisdição penal militar, impunham uma absoluta restrição à inquirição de testemunhas de acusação, outros em que não haviam somente “testemunhas sem rosto” mas também “juízes sem rosto”, e em outro que se refere a um julgamento político realizado perante o Congresso no qual não se permitiu aos magistrados acusados inquirir as testemunhas cujos depoimentos foram a base de sua destituição.

**242. O inciso f) do artigo 8.2 da Convenção consagra a “garantia mínima” do “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”, o qual materializa os princípios do contraditório e da igualdade processual.** A Corte indicou que entre as garantias reconhecidas, a quem tenha sido acusado, está a de examinar as testemunhas contra e a favor, sob as mesmas condições, com o objetivo de exercer sua defesa. **A reserva de identidade da testemunha limita o exercício desse direito, uma vez que impede a defesa de levantar perguntas relacionadas com a possível hostilidade, preconceito e confiabilidade da pessoa do declarante, assim como outras que permitam argumentar que a declaração é inverídica ou equivocada.**

**243. O dever estatal de garantir os direitos à vida, à integridade, à liberdade e à segurança pessoais de quem declara no processo penal pode justificar a adoção de medidas de proteção.** Nessa matéria o ordenamento jurídico chileno compreende tanto as medidas processuais (como a reserva de dados de identificação ou de características físicas que individualizem a pessoa), como as extraprocessuais (como a proteção de sua segurança pessoal).

**244. No presente caso, a Corte limitará sua análise a determinar se as medidas processuais de reserva de identidade das testemunhas aplicadas nos processos penais instaurados contra as três das supostas vítimas (pars. 232 a 236 supra) implicam em uma violação do direito de defesa de inquirir as testemunhas.** Essa medida se encontra regulamentada no Chile, nos termos descritos no parágrafo 232; e sobre essa regulamentação a Corte Suprema afirmou que: [...] tão grave decisão somente pode ser adotada, em cada caso particular, e com completo conhecimento de suas circunstâncias concretas. São medidas excepcionais para situações excepcionais e são adotadas sempre com o controle absoluto dos intervenientes para evitar que os custos à prática de alguns dos direitos da defesa no juízo sejam mínimos e que, de nenhum modo, entrave ou limite o exercício do núcleo essencial dessa garantia.

**245. A Corte passará a analisar se, nos processos concretos das três referidas supostas vítimas deste caso, as medidas de reserva de identidade das testemunhas foram adotadas com o controle**

**judicial, fundamentando-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade, levando em consideração tratar-se de uma medida excepcional e verificando a existência de uma situação de risco para a testemunha.** Ao efetuar tal avaliação a Corte levará em consideração a incidência que teve a medida no direito à defesa do acusado.

**246. Para pronunciar-se no presente caso, a Corte também considerará se, nos casos concretos, o Estado assegurou que o direito de defesa afetado dos imputados, tendo em vista a utilização da medida de reserva de identidade das testemunhas, fosse suficientemente neutralizado por medidas compensatórias, tais como: a) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar seu comportamento durante o interrogatório com o objetivo de formar sua própria opinião sobre a confiabilidade da testemunha e de seu depoimento, e b) deve-se conceder a defesa uma ampla oportunidade de inquirir diretamente a testemunha, em alguma das etapas do processo, sobre questões que não sejam relacionadas com sua identidade ou paradeiro atual, para que a defesa possa apreciar o comportamento da testemunha sob interrogatório, de modo que possa desacreditá-la ou, pelo menos, suscitar dúvidas sobre a confiabilidade do seu depoimento.**

**247. Mesmo quando se tenha adotado medidas compensatórias que pareçam suficientes, a condenação não pode estar fundada, unicamente ou em grau decisivo, nas declarações realizadas por testemunhas de identidade reservada.** Caso contrário, poder-se-ia chegar a condenar o imputado, utilizando desproporcionalmente um meio probatório obtido em detrimento de seu direito de defesa. Por se tratar de prova obtida em condições nas quais o direito do acusado tenha sido limitado, as declarações das testemunhas com identidade reservada devem ser tratadas com extrema precaução, serem valoradas em conjunto com o acervo probatório, as observações da defesa e as regras da crítica são. Determinar se esse tipo de prova teve um peso decisivo na sentença condenatória dependerá da existência de outro tipo de provas que corrobore aquelas, de tal forma que quanto mais forte a prova corroborativa, menor será o grau decisivo que o sentenciador outorga ao testemunho de identidade reservada.

a) Processo penal contra os senhores Norín Catrimán e Pichún Paillalao

**248. A seguir, a Corte analisará o controle judicial exercido na adoção da medida de reserva da identidade das testemunhas, as medidas compensatórias adotadas para neutralizar o impacto ao direito a defesa dos processados e, por último, se essas declarações de testemunhas sob a reserva de identidade, nas circunstâncias concretas do processo, tiveram grau decisivo nas condenações penais dos senhores Norín Catrimán e Pichún Paillalao.**

**249. O controle judicial da reserva de identidade das testemunhas foi insuficiente. A decisão judicial que a dispôs não contém uma motivação explícita, e limitou-se a cumprir uma solicitação do Ministério Público que somente se referia à “natureza”, às “características”, às “circunstâncias” e à “gravidade” do caso, sem**

especificar quais eram os critérios objetivos, a motivação e as provas verificáveis que, no caso concreto, justificaram o alegado risco para as testemunhas e sua família (pars. 232 e 233 supra). A Corte entende que tal decisão não constituiu um efetivo controle judicial, pois não forneceu critérios que razoavelmente justificaram a necessidade da medida fundamentada em uma situação de risco para as testemunhas.

250. As medidas compensatórias implementadas foram adequadas para salvaguardar o direito da defesa de inquirir as testemunhas. A defesa teve acesso às declarações prestadas por essas testemunhas na etapa de investigação, de modo que pudessem ser contestadas e, quando houve “testemunhas de acusação de cujas declarações não havia registros na investigação, motivou uma decisão incidental dividida dos sentenciadores, com a prevenção de que seus depoimentos seriam considerados na medida em que não afetassem o devido processo e que seriam apreciados com liberdade”. A solicitação do Ministério Público acompanhou um envelope lacrado com os dados da identidade das testemunhas objeto da medida de reserva<sup>278</sup>, suas declarações foram prestadas na audiência perante o Tribunal de Juízo Oral com a consequente imediação na recepção da prova, os advogados defensores tiveram a oportunidade de inquirir-las na audiência e de conhecer sua identidade com a limitação de não a informar aos imputados (par. 234 supra).

251. No tocante ao ponto de vital importância sobre se as condenações estiveram fundamentadas unicamente ou em grau decisivo em tais declarações (par. 247 supra), existem diferenças entre cada um dos condenados:

a) no que concerne a condenação do senhor Norín Catrimán, não foi utilizada a declaração de testemunhas de identidade reservada para fundamentar a declaratória de responsabilidade como autor do delito de ameaça de incêndio terrorista em detrimento dos proprietários da propriedade San Gregorio. Embora a reserva de identidade da testemunha tenha sido efetuada na etapa de investigação, com ausência de um efetivo controle judicial (par. 249 supra), neste caso, não implica em uma violação da garantia prevista no artigo 8.2.f) da Convenção, porque a declaração dessa testemunha não foi utilizada de forma decisiva e, na etapa de julgamento, foram garantidas determinadas medidas compensatórias para que sua defesa pudesse inquirir a testemunha reservada e contestar seu depoimento (pars. 234 e 250 supra).

b) ao contrário, a condenação penal do senhor Pichún Paillalao como autor do delito de ameaça de incêndio terrorista em detrimento do administrador e donos da fazenda Nanchahue foi fundamentada, em grau decisivo, no depoimento de uma testemunha com identidade reservada (a “testemunha reservada n°1”), pois, embora se faça referência a outros meios de provas, essas, por si só, não seriam suficientes para chegar à condenação, já que as outras três pessoas que prestaram testemunho somente tinham um conhecimento indireto. A sentença fez, também, referência a uma carta sobre supostas ameaças, assinada pelo senhor Pichún, mas sem data, e, há um cheque assinado pelo administrador da fazenda Nanchahue em nome do acusado <sup>279</sup>. Além disso, mencionou uma declaração testemunhal na qual indicou que a Coordenadora Arauco Malleco é uma

organização de fato, de caráter terrorista e que Pichún pertencia a ela, sem uma análise de sua incidência na configuração do tipo penal.

252. Pelas razões expostas, a Corte conclui que, para determinar a condenação, foi outorgado valor decisivo à declaração de uma testemunha de identidade reservada, o que constitui uma violação do direito da defesa de inquirir testemunhas, consagrado no artigo 8.2.f) da Convenção, combinado com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Pascual Huentequero Pichún Paillalao..”

(Grifou-se”)

**“Corte IDH Caso Pollo Rivera e Outros Vs. Peru Acórdão de 21 de outubro de 2016. (Fundo, Reparações e Custas)**

c) Alegada falta de fundamentação da sentença de condenação relativa à utilização de testemunhas de acusação com identidade reservada (arts. 8.2.b e 8.2.f)

203. O artigo 8º.2.f da Convenção consagra a garantia mínima do direito de defesa do arguido de examinar e interrogar as testemunhas presentes no tribunal, nas mesmas condições, e de obter o comparecimento, na qualidade de testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luzes sobre os fatos, na qual se materializam os princípios do contraditório e da igualdade processual.

204. No presente caso, a condenação penal imposta ao senhor Pollo Rivera no segundo processo penal por colaboração com o terrorismo também se baseou em informações fornecidas nas declarações de uma testemunha “arrependida”; com identidade reservada chave A2230000001.

205. A este respeito, o Tribunal considerou que a reserva de identidade da testemunha limita o exercício deste direito, uma vez que impede a defesa de fazer perguntas relacionadas com a possível inimizade, preconceito e confiabilidade da própria pessoa do declarante, bem como outras que permitam argumentar que a declaração é falsa ou errônea. Ao mesmo tempo, o dever estatal de garantir os direitos à vida, integridade, liberdade e segurança pessoais daqueles que prestam depoimento no processo penal pode justificar a adoção de medidas de proteção. **Por conseguinte, deve analisar-se se a afetação do direito de defesa do arguido, decorrente da utilização da medida de reserva de identidade de testemunhas, foi suficientemente compensada por medidas de compensação, tais como as seguintes:** a) A autoridade judiciária deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar o seu comportamento durante o interrogatório, a fim de que esta possa formar a sua própria impressão sobre a fiabilidade da testemunha e da sua declaração, e b) deve ser dada à defesa uma ampla oportunidade de interrogar diretamente a testemunha numa das fases do processo sobre questões que não estejam relacionadas com a sua identidade ou paradeiro atual; a fim de poder apreciar o comportamento da testemunha durante o interrogatório, de modo a poder suscitar dúvidas quanto à credibilidade ou fiabilidade da sua declaração.



**Mesmo quando tenham sido tomadas medidas de compensação que pareçam suficientes, a condenação não pode ser fundada unicamente ou em grau decisivo em declarações feitas por testemunhas de identidade reservada, o que dependerá da existência de outro tipo de prova que corrobore aquelas de tal forma que, quanto maior a prova corroborativa, menor será o peso outorgado ao testemunho de identidade reservada.**

206. No caso em apreço, embora a decisão de condenar Pollo Rivera se baseie igualmente nas referidas manifestações policiais e declarações, é claro que a decisão de condenação se baseou de forma decisiva na declaração da testemunha com identidade reservada, que foi a única que no julgamento oral o reconheceu como participante em determinados atos médicos. Embora o advogado de defesa do senhor Pollo Rivera tenha podido interrogar em audiência essa testemunha e apresentar tachas contra suas manifestações policiais e declarações judiciais, nem a Câmara Nacional de Terrorismo, nem a Corte Suprema de Justiça, fundamentaram a existência de um risco para a vida e integridade da testemunha ou a impossibilidade de dispor de medidas de proteção alternativas à reserva de sua identidade. Do mesmo modo, não se conclui que as autoridades judiciais tenham previsto qualquer medida compensatória destinada a preservar o direito de defesa do arguido.

Consequentemente, o Estado é responsável pela violação das garantias consagradas no artigo 8.2.f e f, da Convenção Interamericana, c/c com os artigos 1.1, 8.1 e 25.1 do mesmo instrumento, em prejuízo do senhor Pollo Rivera. ”

(Grifou-se) (tradução nossa)

Nos casos narrados, veja-se que o informante funciona, tecnicamente, como testemunha protegida pelo sigilo, testemunha cuja identidade é desconhecida pelo réu, embora sabida pelos juízes e também pelo advogado da parte acusadora. A CIDH, entendeu, portanto, que é possível ao direito nacional excepcionar o direito de o réu conhecer a testemunha reservada e de pessoalmente confrontá-la no Tribunal ou em outros momentos durante o processo.

Embora a literalidade do art. 8º, n.º 2, alínea ‘f’ do Pacto de San Jose da Costa Rica não permita outra conclusão, senão a de que é direito da defesa inquirir presencialmente as testemunhas, bem como de obter o seu comparecimento no Tribunal, a Corte não declarou inválidas, em abstrato, as leis nacionais que permitiam as “testemunhas sem rosto”. Nesse trabalho, denominou-se referidas testemunhas de confidenciais, já a Corte as denomina, como visto, de sigilosas ou reservadas.

De fato, a CIDH reconhece que o sigilo de identidade da testemunha limita o exercício do direito de defesa, uma vez que a impede de fazer perguntas relacionadas

à possível inimizade, preconceito e confiabilidade da própria pessoa do declarante. Todavia, ainda que o prejuízo ao direito do acusado de confrontar a testemunha confidencial esteja implícito na norma, a Corte pondera que a ameaça à vida e à integridade da testemunha pode justificar sua limitação, desde que devidamente comprovado o grave risco nos autos. A legitimidade da limitação ao direito de defesa está, então, mais associada à demonstração de necessidade e proporcionalidade da medida no caso concreto, do que numa vedação em abstrato da reserva de identidade para todo e qualquer caso.

Em ambos os precedentes acima, relativamente recentes (decisão de 29 de maio de 2014 e de 21 de outubro de 2016), a Corte considerou, igualmente, se a lei nacional continha medidas de compensação suficientes e adequadas para minorar os prejuízos aos réus, bem como se as referidas medidas de compensação haviam sido observadas no caso concreto.

Enumerou-se que, no mínimo, a lei deve garantir como medida de compensação que: a) a autoridade judiciária conheça a identidade da testemunha e tenha a possibilidade de observar o seu comportamento durante o interrogatório para formar a sua própria convicção sobre a confiabilidade da testemunha e de sua declaração, e b) tenha sido dada à defesa uma ampla oportunidade de interrogar diretamente à testemunha em alguma das etapas do processo, sobre questões que não estejam relacionadas a sua identidade ou paradeiro atual; de modo que a defesa possa apreciar o comportamento da testemunha sob interrogatório, tendo condições para desacreditá-lo ou, no mínimo, levantar dúvidas sobre a confiabilidade de sua declaração.

Repita-se que, nos casos acima, embora a identidade das testemunhas não fosse conhecida pelos réus, o julgador e os advogados de defesa a conheciam. É imposto ao advogado, contudo, o dever de guardar sigilo quanto à identidade da testemunha confidencial. Mais a seguir, todavia, defender-se-á que, em uma eventual lei brasileira, também o defensor do acusado deva desconhecer a identidade da testemunha.

Ademais, a Corte determina em ambos os casos que, mesmo quando tomadas medidas de compensação suficientes, a condenação não pode estar fundada unicamente ou, em grau decisivo, nas declarações feitas pelas testemunhas

confidenciais. Por esse exato motivo, como exposto acima, a condenação imposta a *Pollo Rivera* foi anulada pelo CIDH. Outrossim, a Corte fundamenta que os depoimentos de testemunhas reservadas devem ser tratados com extrema precaução, devem ser avaliados em conjunto com o acervo probatório, com as objeções da defesa e com as regras da ‘sã crítica’.

Embora não se trate de Corte com jurisdição sobre a nação brasileira, também se considera de interesse analisar alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) sobre a confidencialidade da pessoa do informante e a ponderação com o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado. As garantias judiciais estão no art. 6º da Convenção:

#### “ARTIGO 6º

##### **Direito a um processo equitativo**

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. ....

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

.....

**d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;**

.....”

(Grifou-se)

É muito interessante perceber que, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, utilizando-se, obviamente, de outros termos e outros estatutos normativos como base,

chega à mesma conclusão que a Corte Interamericana: quando há real risco para a vida e para a integridade das testemunhas, é possível que o direito de defesa do acusado seja mitigado e a identidade da testemunha ocultada do réu. O TEDH chegou a tal conclusão ainda que o art. 6º da Convenção garanta o direito de o acusado interrogar pessoalmente as testemunhas de acusação.

A lição conhecida é de que, quando há dois interesses normativamente protegidos em colisão, um deles deve ceder em relação ao outro. Trata-se do que se habituou a chamar, no Brasil, de uma colisão aparente entre direitos fundamentais, termo utilizado pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (por todos, cite-se o julgado da Arguição Direta de Preceitos Fundamentais – ADPF nº 54, voto do rel. min. Marco Aurélio, julgada em 12-4-2012, DJE de 30-4-2013, que decidiu pela possibilidade de aborto de feto anencefálico).

Contudo, de maneira ainda mais intrigante para a cultura jurídica brasileira, em alguns julgados do TEDH, admite-se que tão somente o julgador – e obviamente os órgãos de persecução criminal – tenham acesso à identidade da testemunha. Para todos os demais sujeitos processuais, em especial para a defesa e para o acusado, aceita-se o anonimato da testemunha (*rectius*: confidencialidade<sup>10</sup>). Veja-se dois dos *leading cases* da Corte sobre o tema, ambos enfrentando a legislação holandesa e apresentando soluções diversas:

**“PROCESSO DE KOSTOVSKI V. PAÍSES BAIXOS (Pedido nº 11454/85) ACÓRDÃO ESTRASBURGO 20 de novembro de 1989**

C. A testemunha anônima: jurisprudência

31. O PCC não contém disposições expressas sobre declarações de testemunhas anônimas. No entanto, com o aumento do crime violento e organizado, sentiu-se uma necessidade de proteger as testemunhas que tinham justificativa para temer represálias, concedendo-lhes anonimato. Em uma série de julgamentos, a Suprema Corte tornou isso possível.

32. Um precursor desse desenvolvimento foi uma sentença de 17 de janeiro de 1938 (NJ 1938, 709), na qual a Suprema Corte considerou que evidências de boatos (ver parágrafo 28 (b) acima) poderiam ser

---

<sup>10</sup> O TEDH utiliza-se do termo anonimato de forma indistinta, todavia, convém asseverar que, para os fins deste trabalho, o anonimato aqui mencionado seria na verdade confidencialidade, isto é, a identidade da testemunha não é desconhecida por todos (é sabida ao menos pelo juiz e órgãos de acusação).

admitidas, mesmo que a testemunha não nomeasse seu informante. As decisões com o mesmo efeito foram proferidas nos anos 80.

Em uma sentença de 5 de fevereiro de 1980 (NJ 1980, 319), relativa a um caso em que o magistrado examinador havia concedido anonimato e ouvido uma testemunha sem a presença do acusado ou de seu advogado, a Suprema Corte decidiu - após seu julgamento de 20 de dezembro 1926 (veja o parágrafo 28 acima) - que o não cumprimento do Artigo 187 do PCC (veja o parágrafo 26 acima) não impediu que o relatório oficial do magistrado fosse usado como evidência", embora com a cautela exigida ao avaliar o valor probatório de tais evidências". A mesma decisão foi tomada em uma sentença de 4 de maio de 1981 (NJ 1982, 268), relativa a um caso em que a testemunha havia sido ouvida anonimamente pela polícia e pelo juiz de instrução; naquela ocasião, a Suprema Corte também considerou - de acordo com o supracitado julgamento de 17 de janeiro de 1938 - que o simples fato de os relatórios oficiais das audiências não darem nome à testemunha não era um obstáculo à sua utilização em provas, sujeito a uma condição idêntica quanto à cautela.

Pode-se inferir de uma sentença de 29 de novembro de 1983 (NJ 1984, 476) que a cautela pedida não implica necessariamente que testemunhas anônimas também devam ter sido ouvidas pelo juiz de instrução.

Os próximos julgamentos da série são aqueles proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em 25 de setembro de 1984 nos casos de Kostovski e seu co-acusado, um dos quais publicado em NJ 1985, 426. Eles contêm os seguintes novos elementos:

(a) o simples fato de o magistrado examinador não conhecer a identidade da testemunha não impede o uso em evidência do relatório oficial da audiência que ele conduziu;

(b) se a defesa contestar no julgamento a confiabilidade dos depoimentos por uma testemunha anônima, conforme registrado no relatório oficial da audiência da testemunha, mas o tribunal decidir, no entanto, admiti-las como evidência, deve fundamentar a decisão.

Esses princípios foram confirmados em uma sentença de 21 de maio de 1985 (NJ 1986, 26), que deixa claro que a revisão da Suprema Corte dos motivos dados para justificar a admissão de declarações anônimas como evidência é apenas marginal.

.....

A Comissão chegou à conclusão, contestada pelo Governo, de que houve uma violação do parágrafo 1, juntamente com o parágrafo 3, alínea d), do artigo 6 (artigo 6-1, artigo 6-3-d) )

**38. A fonte da alegação do requerente foi o uso como prova, pelo Tribunal do Distrito de Utrecht e pelo Tribunal de Apelação de Amsterdã, de relatórios de declarações de duas pessoas anônimas. Estes últimos foram ouvidos pela polícia e, em um caso, também pelo juiz de instrução, mas não foram ouvidos em nenhum dos julgamentos (ver parágrafos 11, 13, 15, 16, 18 e 19 acima).**

39. É preciso lembrar desde o início que a admissibilidade da prova é principalmente uma questão de regulamentação pelo direito nacional (ver acórdão Schenk de 12 de julho de 1988, série A nº 140, p. 29, § 46). Mais uma vez, como regra geral, cabe aos tribunais nacionais avaliar as provas diante deles (ver o acórdão Barberà, Messegue e Jabardo, de 6 de dezembro de 1988, série A nº 146, p. 31, § 68). À luz desses princípios, o Tribunal considera que a sua tarefa no presente caso é não expressar uma opinião sobre se as declarações em questão foram corretamente admitidas e avaliadas, mas antes para averiguar se o processo foi considerado como um todo, incluindo o modo como quais evidências foram obtidas, foram justas (*ibid.*). Sendo esta a questão básica, e também porque as garantias previstas no parágrafo 3 do Artigo 6 (art. 6-3) são aspectos específicos do direito a um julgamento justo estabelecido no parágrafo 1 (art. 6-1) (ver *alia*, no mesmo julgamento, página 31, § 67), o Tribunal examinará as reclamações do requerente do ponto de vista 3 (d) e 1 tomadas em conjunto (art. 6-3-d, art. 6-1).

40. O Tribunal observa que apenas um dos autores das declarações - a pessoa cujas declarações foram lidas no julgamento - era, nos termos da lei neerlandesa, considerado uma "testemunha" (ver parágrafo 18 acima). No entanto, tendo em vista a interpretação autônoma a ser dada a esse termo (ver acórdão Bönisch de 6 de maio de 1985, série A nº 92, p. 15, §§ 31-32), ambos os autores devem ser considerados para os fins do artigo 6, § 3, alínea d) (art. 6-3-d) da Convenção, uma vez que as declarações de ambos, lidas no julgamento ou não, foram de fato perante o tribunal e foram levadas em consideração pelo isto.

**41. Em princípio, todas as provas devem ser apresentadas na presença do acusado em audiência pública, com vistas a argumentos contraditórios (ver o acórdão Barberà, Messegue e Jabardo acima mencionado, Série A nº 146, p. 34, § 78). Isso não significa, no entanto, que, para ser usado como evidência, as declarações das testemunhas sempre devem ser feitas em uma audiência pública no tribunal: usar como evidência essas declarações obtidas na fase anterior ao julgamento não são, por si só, inconsistentes com os parágrafos 3 (d) e 1 do artigo 6 (art. 6-3-d, art. 6-1), desde que respeitados os direitos da defesa. Como regra, esses direitos exigem que o acusado tenha a oportunidade adequada e apropriada de contestar e interrogar uma testemunha contra ele, seja no momento em que a testemunha fez sua declaração ou em algum estágio posterior do processo (ver *mutatis mutandis*, acórdão Unterpertinger de 24 de novembro de 1986, série A n. 110, pp. 14-15, § 31).**

**42. No entanto, essa oportunidade não foi oferecida ao demandante no presente caso, embora não houvesse dúvida de que ele desejava contestar e questionar as pessoas anônimas envolvidas. Não apenas estes últimos não foram ouvidos nos julgamentos, mas também suas declarações foram tomadas, seja pela polícia ou pelo juiz de instrução, na ausência de Kostovski e seu advogado (ver parágrafos 11, 13, 15 e 16 acima). Consequentemente, em nenhum momento eles poderiam ser questionados diretamente por ele ou em seu nome.**

É verdade que a defesa foi capaz, perante o Tribunal Distrital de Utrecht e o Tribunal de Apelação de Amsterdã, de interrogar um dos policiais e os dois magistrados examinadores que haviam tomado as declarações (ver parágrafos 17 e 19 acima). Também foi possível, mas no que diz respeito a apenas uma das pessoas anônimas, enviar perguntas escritas a ele indiretamente através do juiz de instrução (ver parágrafo 16 acima). No entanto, a natureza e o escopo das perguntas que poderiam ser feitas de qualquer uma dessas formas foram consideravelmente restringidos devido à decisão de que o anonimato dos autores das declarações deveria ser preservado (ver parágrafos 16, 17 e 19 acima).

A última característica do processo agravou as dificuldades enfrentadas pela recorrente. **Se a defesa desconhece a identidade da pessoa que procura questionar, pode ser privada dos detalhes que lhe permitem demonstrar que é preconceituosa, hostil ou não confiável.** O testemunho ou outras declarações que inculcam um acusado podem muito bem ser falsamente planejados ou simplesmente errôneos e a defesa dificilmente poderá trazer isso à tona se não houver informações que permitam testar a confiabilidade do autor ou pôr em dúvida sua credibilidade. Os perigos inerentes a essa situação são óbvios.

**43. Além disso, os tribunais de julgamento foram impedidos, pela ausência das referidas pessoas anônimas, de observar seu comportamento sob questionamento e, assim, formar sua própria impressão de sua confiabilidade. É certo que os tribunais ouviram evidências sobre esse último ponto (ver parágrafos 17 e 19 acima) e, sem dúvida - como é exigido pela lei holandesa (ver parágrafo 32 acima) - observaram cautela ao avaliar as declarações em questão, mas isso dificilmente pode ser considerado como um substituto adequado para a observação direta.**

**É verdade que uma das pessoas anônimas fora ouvida pelos magistrados. No entanto, o Tribunal deve observar que - além do fato que nem o requerente nem seu advogado terem estado presentes nas entrevistas - os próprios magistrados examinadores desconheciam a identidade da pessoa (ver parágrafos 15 a 16 acima), uma situação que cria implicações para o teste de sua confiabilidade. Quanto à outra pessoa anônima, ela não foi ouvido pelo juiz de instrução, mas apenas pela polícia (ver parágrafos 11 e 17 acima).**

**Nestas circunstâncias, não se pode dizer que as desvantagens sob as quais a defesa trabalhou foram contrabalançadas pelos procedimentos seguidos pelas autoridades judiciais.**

**44. O Governo enfatizou o fato de que a jurisprudência e a prática nos Países Baixos em matéria de evidência anônima resultaram de um aumento da intimidação de testemunhas e basearam-se no equilíbrio dos interesses da sociedade, dos acusados e das testemunhas. Eles apontaram que, no presente caso, foi estabelecido que os autores das declarações em questão tinham boas razões para temer represálias (ver parágrafo 19 acima).**

Como em ocasiões anteriores (ver, por exemplo, o acórdão Ciulla de 22 de fevereiro de 1989, Série A nº 148, p. 18, § 41), a Corte não subestima a importância da luta contra o crime organizado. No entanto, a linha de argumentação do governo, embora não seja sem importância, não é decisiva.

Embora o crescimento do crime organizado exija, sem dúvida, a introdução de medidas apropriadas, as alegações do Governo ao Tribunal parecem atribuir peso insuficiente ao que os advogados do requerente descreveram como "o interesse de todos em uma sociedade civilizada em um procedimento judicial justo e controlável". O direito a uma administração justa da justiça ocupa um lugar tão proeminente em uma sociedade democrática (ver o julgamento de Delcourt de 17 de janeiro de 1970, Série A nº 11, p. 15, § 25) que não pode ser sacrificado por conveniência. **A Convenção não exclui a existência, na fase de investigação de um processo criminal, de fontes que funcionem como informantes anônimos. No entanto, o uso subsequente de declarações anônimas, como evidência suficiente para fundamentar uma condenação, como no presente caso, é outra questão. Envolveu limitações nos direitos de defesa que eram inconciliáveis com as garantias contidas no Artigo 6º. De fato, o governo aceitou o fato de que a condenação do requerente se baseava "de forma decisiva" nas declarações anônimas.**

45. Por conseguinte, o Tribunal conclui que, nas circunstâncias do caso, as condições que afetaram os direitos de defesa eram de tal ordem relevante que não se pode dizer que Kostovski recebeu um julgamento justo. Houve, portanto, uma violação do parágrafo 3 (d), em conjunto com o parágrafo 1, do Artigo 6º."

(Grifou-se)

**"PROCESSO DE DOORSON v. PAÍSES BAIXOS (pedido nº 20524/92) ACÓRDÃO ESTRASBURGO de 26 de março de 1996**

**69. Como o Tribunal já declarou em ocasiões anteriores, a Convenção não se opõe, na fase de investigação, aos informantes anônimos. O uso subsequente de suas declarações pelo tribunal de julgamento para fundar uma condenação é, no entanto, capaz de levantar questionamentos perante a Convenção** (ver o acórdão Kostovski acima mencionado, p. 21, parágrafo 44 e o acórdão Windisch v. Austria de 27 de setembro 1990, Série A nº 186, p. 11, parágrafo 30). Como já estava implícito nos parágrafos 42 e 43 do acórdão Kostovski acima mencionado (loc. Cit., Pp. 20-21), esse uso não é, em todas as circunstâncias, incompatível com a Convenção.

**70. É verdade que o artigo 6.º não contempla os direitos das testemunhas e os das vítimas convocadas a testemunhar em particular. No entanto, sua vida, liberdade ou segurança pessoal podem estar em risco, assim como os direitos que geralmente se enquadram no âmbito do artigo 8º da Convenção. Tais direitos de**



testemunhas e vítimas são, em princípio, protegidos por outras disposições substantivas da Convenção, o que implica que os Estados Contratantes devem organizar seus procedimentos criminais de modo a que esses interesses não sejam injustificadamente ameaçados. **Nesse contexto, os princípios do julgamento justo também exigem que, em casos apropriados, os interesses da defesa sejam equilibrados com os das testemunhas ou vítimas solicitadas a depor.**

**71. Como o Tribunal de Apelação de Amsterdã deixou claro, sua decisão de não divulgar a identidade de Y.15 e Y.16 à defesa foi inspirada pela necessidade, conforme avaliada por ele, de se obter evidências ao mesmo tempo, protegendo as testemunhas contra a possibilidade de represálias por parte do requerente (ver parágrafo 28 acima). Esse é certamente um motivo relevante para permitir o anonimato. Resta ver se foi suficiente.**

.....

74. Embora fosse claramente preferível que o requerente tivesse participado do interrogatório das testemunhas, o Tribunal considera, em contrapartida, que o **Tribunal de Apelação de Amsterdã tinha o direito de considerar que os direitos do requerente deviam ser sopesados com a necessidade de se garantir a segurança das testemunhas. De maneira mais geral, a Convenção não exclui a identificação – para os fins do Artigo 6, parágrafo. 3 (d) – de um acusado com seu advogado** (ver, *mutatis mutandis*, o acórdão Kamasinski vs. Áustria de 19 de dezembro de 1989, Série A nº 168, p. 40, parágrafo 91).

75. Além disso, embora seja normalmente desejável que as testemunhas identifiquem pessoalmente uma pessoa suspeita de crimes graves, se houver alguma dúvida sobre sua identidade, deve-se notar no presente caso que Y.15 e Y.16 identificaram o requerente a partir de uma fotografia que ele próprio reconheceu ser de si mesmo (ver parágrafo 12 acima); além disso, ambos descreveram sua aparência e vestuário (veja o parágrafo 25 acima). Resulta das considerações acima expostas que, nas circunstâncias, o procedimento de "contrabalanço" seguido pelas autoridades judiciais para obter as evidências das testemunhas Y.15 e Y.16 devem ser considerados suficiente para permitir à defesa contestar a evidência das testemunhas anônimas e tentar pôr em dúvida a confiabilidade de suas declarações, o que foi feito em audiência pública, entre outras coisas, chamando a atenção para o fato de que ambos eram viciados em drogas (ver parágrafo 33 acima).

**76. Por fim, deve-se lembrar que, mesmo quando se considera que os procedimentos de "contrapeso" compensam suficientemente as desvantagens da defesa, uma condenação não deve basear-se única ou decisivamente em declarações anônimas. Porém, esse não é o caso aqui: é suficientemente claro que o tribunal nacional não baseou sua constatação de culpa apenas ou de forma decisiva nas evidências de Y.15 e Y.16 (ver parágrafo 34 acima). Além disso, as evidências obtidas de testemunhas em condições em que os direitos de defesa não possam ser garantidos na extensão normalmente exigida pela**

**Convenção devem ser tratadas com extremo cuidado. O Tribunal está convencido de que isso foi feito no processo penal que levou à condenação do requerente, conforme refletido na declaração expressa do Tribunal de Recurso de que havia tratado as declarações de Y.15 e Y.16 "com a cautela necessária e circunspeção "(ver parágrafo 34 acima)**

#### Conclusão

83. Nenhuma das alegadas deficiências consideradas por si só levou o Tribunal a concluir que o requerente não recebeu um julgamento justo. Além disso, não é possível concluir, mesmo que as alegadas deficiências sejam consideradas em conjunto, que o processo como um todo foi injusto. Ao chegar a essa conclusão, a Corte levou em consideração o fato de que os tribunais nacionais tinham o direito de considerar os vários elementos de prova diante deles como corroborativos um do outro. Consequentemente, não houve violação do Artigo 6, parágrafo. 1, tomada em conjunto com o artigo 6, parágrafo 3 (d) (art. 6-1 + art. 6-3-d) da Convenção."

(Grifou-se) (tradução nossa)

No primeiro precedente (*Kotosviski v Países Baixos*), o TEDH entendeu que, ainda que a Convenção não exclua a possibilidade em abstrato do uso de informantes 'anônimos', o julgamento seria inválido porque, naquela oportunidade, apenas uma das testemunhas 'anônimas' fora ouvida diretamente pelos magistrados (CEDH, 1989). Se os próprios magistrados do processo desconhecem a identidade do informante, não podem testar sua confiabilidade e fidelidade aos fatos. Ainda, neste julgamento, umas das testemunhas 'anônimas' fora ouvida tão somente polícia (ver parágrafos 42 e 43 acima). Nestas circunstâncias, de fato, não se pode afirmar que as desvantagens da defesa foram compensadas pelos procedimentos seguidos pelas autoridades judiciais holandesas.

Note-se, portanto, que para a TEDH, a Convenção não exclui a presença, na fase de investigação de um processo criminal, de fontes que sejam confidenciais para os advogados de defesa. No entanto, a admissão das declarações 'anônimas', como evidência suficiente para fundamentar uma condenação, deve sempre ser compensada por medidas de contrapeso, exatamente do mesmo modo que foi sustentado pela CIDH nos precedentes acima referidos. Isto é, ao menos é necessário que: a condenação não deve basear-se única ou decisivamente em declarações anônimas, devendo ser analisada em conjunto com as demais provas; os juízes e o Tribunal nacional devem ter oportunidade de questionar a testemunha, analisando seu

caráter e fidedignidade das declarações e, ademais, permitindo-se ao acusado, ao menos indiretamente, confrontá-la.

Se as normas nacionais acima mencionadas não ofendem as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em abstrato, o mesmo não se pode dizer sobre os casos concretos. É justamente analisando-se caso a caso que os Tribunais Internacionais que, ora mencionou-se, decidiram pela ofensa aos direitos de defesa dos réus e se foram observados os princípios gerais do devido processo legal e de um processo justo.

Consideradas essas circunstâncias, e, destacadamente, que não existe uma vedação geral como princípio de direitos humanos que o réu deva saber, em todo e qualquer caso, a identidade das testemunhas de acusação, passa-se a defender uma lei brasileira que contenha expressamente as medidas de compensação que garantam que o direito de defesa do réu seja o mínimo possível mitigado pela regra da confidencialidade.

### **3.4 O informante confidencial e a ampla defesa**

O direito processual penal nasceu e é vocacionado para garantir o devido processo legal. Em qualquer declaração de Direitos Humanos sobre assunto, a exemplo do *Pacto de San Jose da Costa Rica* e da Convenção Europeia de Direitos Humanos acima citados, isto inclui a igualdade de condições entre as partes (a conhecida paridade de armas).

De fato, é intuitivo perceber que a igualdade é preocupação central de um processo justo: só há sensação de justiça, se o processo permitir que ambas as partes exponham e comprovem sua versão dos fatos, ainda que o resultado lhes seja desfavorável. A opinião sobre a solução de um litígio, dar razão a uma ou outra parte, dependerá da interpretação de cada um sobre os fatos e sobre o Direito. Já o processo, esse é objetivamente considerado justo se as partes possuíram igualdade de condições.

Ainda assim, nos precedentes das cortes internacionais de Direitos Humanos, apontados acima, entendeu-se que o processo em que há uma testemunha confidencial pode ser justo, se há motivos relevantes para a confidencialidade (risco à vida e à integridade física das testemunhas); e se há medidas suficientes para compensar ou ao menos diminuir o prejuízo à defesa. E não havendo lesão ao devido processo legal, porque a flexibilização de um direito foi efetivamente justificável pelos fatos concretos, também não há ofensa aos direitos humanos dos prejudicados.

Como é sabido, o direito ao contraditório e a ampla defesa estão topograficamente posicionados logo após o devido processo legal na Constituição Federal de 1988 (incisos LIV e LV). Veja-se:

“Art. 5º. ....

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

.....”

Observa-se que a previsão da Constituição brasileira não destaca propriamente um direito ao confronto – a mencionada *confrontation clause* do direito norte-americano – ou o direito de o réu interrogar diretamente as testemunhas de acusação – como preveem as referidas Convenções. De todo modo, toda a questão sobre a confidencialidade de uma testemunha em um processo está centrada na amplitude do direito à ampla defesa do inciso LV do art. 5º e suas possíveis, e eventuais, limitações.

No ponto – limitações à ampla defesa diante da necessidade do caso concreto – o Supremo Tribunal Federal (STF), em inúmeros precedentes, já foi instado a ponderar o princípio com outros constitucionalmente previstos, como, por exemplo, a razoável duração do processo; e mesmo foi expresso ao relativizar a ampla defesa diante de contingências muito práticas.

Ainda há incontáveis precedentes do STF que relativizam o princípio quando se assume o risco de ter havido um processo sem efetiva defesa, quando, por exemplo, o réu sem uma defesa técnica qualificada não logrou comprovar o prejuízo nos autos (ainda que o prejuízo decorrente de uma defesa de má qualidade pudesse ser presumível em tese), ou mesmo quando se entende precluído o momento processual de apresentar peças que interessam à defesa (alegações finais, por exemplo).

Assim, do mesmo modo que já anuiu ser ponderável reduzir o âmbito de proteção do princípio da ampla defesa, analisadas as características dos casos sob exame, revela-se razoável que o Tribunal admita informantes cuja identidade é desconhecida pelo acusado ou mesmo pela defesa. Veja-se, a seguir, apenas alguns casos em que STF, deliberadamente, optou por não dar proeminência ao princípio da ampla defesa, considerados todos os demais direitos envolvidos no processo:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua **deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.** [Súmula 523.]

As garantias do contraditório e da ampla defesa não são absolutas quando **considerado o caráter de urgência do pedido liminar**, podendo o relator despachar a medida antes da oitiva das partes interessadas.

[MS 28.417 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-2-2014, P, DJE de 2-4-2014.]

**Ausência de comunicação ao advogado da sessão de julgamento.** Nulidade por cerceamento de defesa. Inocorrência. (...). É desnecessária de nova publicação quando o feito é incluído em pauta e julgado em prazo razoável nas sessões subsequentes, depois de cientificado o advogado (...). **Não há violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando, em julgamento de recurso de apelação do Ministério Público, o Tribunal aplica agravante não reconhecida pelo juiz de primeiro grau**, mas cuja existência consta dos autos.

[RHC 99.306, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 16-6-2010, 1ª T, DJE de 20-8-2010.]

Alegação de nulidade decorrente da **falta de intimação pessoal do defensor público para a sessão de julgamento do recurso em**

**sentido estrito. Não ocorrência. Inércia da defesa.** Nulidade arguida somente após dois anos.

[HC 110.603, rel. min. Gilmar Mendes, j. 7-2-2012, 2ª T, DJE de 24-2-2012.]

**Descabe assentar a inexistência de defesa quando profissional da advocacia comparece à audiência designada para a oitiva de testemunhas, requer a dispensa da presença do acusado, informa ao juízo não ter perguntas a formalizar e pede para retirar-se do local.**

[HC 95.776, rel. min. Marco Aurélio, j. 30-6-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009.]

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, havendo sido regularmente intimado o defensor constituído, não há como prosperar a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, **em razão da não apresentação das contrarrazões ao recurso especial.**

[HC 98.256, rel. min. Cármen Lúcia, j. 3-11-2009, 1ª T, DJE de 11-12-2009.]

*In casu*, a Corte estadual consignou que **"não há que se falar em nulidade do feito por falta de intimação do advogado constituído para o interrogatório realizado**, por três razões. A uma, porque tal intimação efetivamente ocorreu, conforme certidão (...). A duas, porque não houve prova de prejuízo algum ao acusado, já que os advogados têm livre acesso aos estabelecimentos prisionais e podem orientar adequadamente seus clientes em qualquer momento antes do interrogatório judicial, não sendo prudente que aguardem os breves instantes que antecedem o ato para tanto. A três, porque a defesa constituída deixou de suscitar qualquer nulidade quando da realização da audiência de instrução, o que torna a matéria preclusa" (...). Demais disso, observa-se ter sido o paciente assistido, porquanto para o ato de interrogatório foi nomeado defensor ad hoc, o qual teve assegurado o direito de entrevista com o acusado, a quem pediu esclarecimentos, inclusive.

[RHC 117.051, rel. min. Luiz Fux, j. 6-5-2014, 1ª T, DJE de 23-5-2014.]

**A apresentação de defesa prévia não é uma exigência do princípio constitucional da ampla defesa: ela é exceção, e não a regra no processo penal. Não há, portanto, impedimento para que a primeira oportunidade de apresentação de defesa no processo penal comum se dê após o recebimento da denúncia.** No caso dos autos, muito embora não se assegure defesa previamente ao ato do presidente da Câmara dos Deputados que inicia o rito naquela Casa, colocam-se à disposição do acusado inúmeras oportunidades de manifestação em ampla instrução processual. Não há, assim, violação

à garantia da ampla defesa e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa. Improcedência do pedido. (...) O interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment. Aplicação analógica da interpretação conferida pelo STF ao rito das ações penais originárias. Precedente: AP 528 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Plenário.

[ADPF 378 MC, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015, P, DJE de 8-3-2016].

**A apresentação de memoriais não é ato essencial à defesa, mas mera faculdade** que pode ser exercida pelas partes em qualquer momento processual anterior ao julgamento da causa. A negativa de adiamento de sessão de julgamento para a prática de ato processual de caráter facultativo não importa em cerceamento de defesa.

[RMS 30.234, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-10-2011, 1ª T, DJE de 20-10-2011.]

Os precedentes acima afirmam, basicamente: não existir prejuízo presumido (isto é, em abstrato) à ampla defesa de um réu pela mera ausência de peças processuais (como os memoriais ou contrarrazões de recursos); pela atuação de advogados pouco qualificados tecnicamente, ou que dispensam a presença do réu, ou que optam por não se manifestar em uma audiência de interrogatório, ou, mesmo que decidem por se retirar de uma audiência em curso; e pela não intimação da defesa para audiências e para a sessão de julgamento de recursos. O prejuízo à defesa – e a consequente nulidade de atos processuais – só seria relevante, portanto, se demonstrado caso a caso.

E de fato, assim como avaliou o STF, a ampla defesa, constitucionalmente garantida, pode ser excepcionada se outras razões verdadeiramente ponderáveis a justificar, especialmente, diante das circunstâncias do caso concreto e considerado que os interesses do acusado foram resguardados de outra forma durante o processo. Essa interpretação da Corte está em consonância com as razões de decidir da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nos precedentes acima discutidos.

Convém observar, demais disso, que justificar à relativização do princípio da ampla defesa em nome da celeridade processual, por exemplo do mencionado MS

28.417 AgR, cuja demora muitas vezes é causada por ação do próprio Estado, parece ser muito mais censurável do que a relativização do mesmo princípio causada por ação do próprio acusado (quando apresenta risco às testemunhas, por exemplo).

Ademais, por tudo o que já foi exposto no presente trabalho, também resta claro que, se a norma processual penal prever a limitação do acesso do réu às provas do processo, fragilizando, inegavelmente, o seu direito de defesa (o direito de confrontar essa prova), ela dever ser extremamente excepcional e proteger algum valor que seja superior ao citado direito de defesa. Compulsando as origens do Estado de Direito, não parece existir maiores dúvidas de que o direito de maior relevância protegido por qualquer nação é o direito à vida<sup>11</sup>.

Por todo o exposto, e considerado especialmente as medidas de compensação já construídas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema, entende-se que é possível a Lei prever a figura do informante confidencial no Brasil, desde que consideradas as seguintes circunstâncias:

- a) excepcionalidade demonstrada pelas circunstâncias do caso concreto, consistente em risco à vida ou à integridade física da testemunha e de seus familiares;
- b) adoção de medidas de compensação, tais como: 1) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar o seu comportamento durante o interrogatório para que possa formar a sua própria impressão sobre a confiabilidade da testemunha e de sua declaração, e 2) deve ser dada à defesa uma ampla oportunidade de interrogar indiretamente a testemunha – (por meio de perguntas a serem feitas pelo juiz – sobre questões que não estejam relacionadas com a sua identidade ou paradeiro atual;
- c) o testemunho confidencial não deve ser o único ou decisivo fundamento pela condenação do acusado;
- d) o testemunho confidencial deve ser avaliado em conjunto com o acervo probatório e com as objeções da defesa.

---

<sup>11</sup> Mas até mesmo o direito à vida pode ser excepcionalizado, basta conferir a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988):

“Art. 5º. ....

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

.....”



Como visto, há casos em que o informante de um crime tem sua vida e de sua família ameaçada unicamente em razão da decisão de realizar uma denúncia. Assim, é plenamente razoável uma Lei que decida protegê-lo pelo manto da confidencialidade. Impor, em todo e qualquer caso, a revelação da identidade de um informante é arcar, muitas vezes, com severas retaliações à sua vida e de sua família, e, quase sempre, com os custos da impunidade.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se demonstrar o equívoco da interpretação que compreende pela inconstitucionalidade de informantes confidenciais e anônimos no Brasil. Na mesma toada, revelou-se oportuna a cabal diferenciação entre o anonimato – enquanto completo desconhecimento pelos órgãos do Estado da identidade daquele que traz a notícia de um ato ilícito – e a confidencialidade da identidade do informante pelo réu.

Quanto à confidencialidade, entende-se ser claro que os direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa de acusados devem ser assegurados, o que, inclui, em geral, o direito à confrontação de provas testemunhais. Desse modo, informantes confidenciais não podem colocar em xeque a base do devido processo legal. Todavia, crê-se que eventual Lei que regulamente o tema pode ser considerada constitucional ainda que, em algumas situações bastante específicas e excepcionais, limite o conhecimento da identidade de um informante, tornando-o completamente desconhecido para a defesa. Nesse caso, o informante é uma testemunha especial, ante as severas retaliações que pode vir a sofrer.

Assim, no presente trabalho, defende-se que a Lei pode admitir a confidencialidade apenas para situações muitíssimas específicas, onde o direito à confrontação do réu se encontrar defronte ao direito à vida de um informante ou de sua família; igualmente, nos parece ponderável que a confidencialidade demande que o informante esteja se protegendo contra possíveis retaliações por parte de organizações criminosas, estruturadas e perigosas, o que inclui não somente crimes tradicionais, mas, especialmente a criminalidade econômica e a corrupção; a Lei também pode permitir o conhecimento da identidade do informante pelo Ministério e pelo Juiz, mas não pelo réu e seu defensor; também pode a Lei excluir a proteção ao informante observado, depois, ser de má-fé, que deve responder por perdas e danos, até mesmo prisão e multa.

Todos os critérios acima limitam a confidencialidade, mas não a vedam abstratamente, sem que as circunstâncias que encerram a garantia sejam

consideradas. Deve-se sempre ter em mente que não existem direitos fundamentais absolutos, pois nem mesmo o direito à vida o é.

Quanto ao anonimato (que se difere, como visto, do instituto da confidencialidade) nada há que se falar em ampla defesa, direito ao confronto, meio de prova, etc. O instituto do anonimato não serve a proteger o informante porque esse, de origem, sequer é sabido. Ao omitir sua identidade num canal de denúncia anônimo via telefone, por exemplo, a pessoa não precisa de proteção, tampouco poderá servir como prova testemunhal. O instituto do anonimato serve unicamente a proteger a informação e não a pessoa do informante.

Havendo interesse do Estado em descobrir crimes e atos ilícitos em geral, toda *notitia criminis* deve ser apurada. Não há sentido em falar-se em lesão ao direito de defesa do acusado, porque a pessoa anônima não traz provas, mas apenas notícias de crimes e, eventualmente, notícias de provas. E se, por alguma razão, este anônimo se identificar perante os órgãos de persecução criminal e se tornar relevante para apuração do crime, poderá ser protegido pelo manto da confidencialidade. Também como defendido no presente trabalho, ao se identificar para os órgãos do sistema criminal, o informante deixa de ser anônimo e passa a ser testemunha

A interpretação do STF consistente em inadmitir denúncias anônimas, oferecendo-lhe um espaço mínimo de sobrevivência no mundo jurídico, se permanecer a mesma, coloca em risco futuras iniciativas legislativas que prevejam efetivamente o instituto do anonimato e do informante confidencial, existentes em praticamente todas as democracias modernas e instrumentos fundamentais de combate à criminalidade organizada e, especialmente, à corrupção em países pobres (OCDE, 2017). Com efeito, uma das bases inquestionáveis de uma efetiva legislação de proteção aos informantes de atos ilícitos é justamente à proteção de sua identidade, ante o risco de graves retaliações.

As retaliações são de ordem variada e, em geral, envolvem represálias no ambiente de trabalho (suspensão, não-promoção, alteração de funções, alteração do local de trabalho, redução de salários, alteração do horário de trabalho, recusa de formação, avaliação negativa do desempenho ou referência negativa para fins de emprego, demissão etc.). Todavia, tratando-se no presente trabalho mais especificamente de informantes de crimes cometidos por organizações criminosas,

mas que desenvolvem suas operações em ambientes corporativos ou institucionais, como a corrupção, o risco à vida ou à integridade física do informante revela-se hipótese bastante factível.

A Lei nº 13.860 (BRASIL, 2018), como visto, não compreende uma política criminal vocacionada verdadeiramente para combater a criminalidade organizada, especialmente aquela que se utiliza de meios sofisticados de execução. Embora se preveja algum sigilo ao informante, as exceções à regra são tão imprecisas e genéricas que não conferem qualquer segurança jurídica àquele que busque denunciar um ato ilícito de interesse público. Não se trata, portanto, de uma política pública de proteção e de incentivo aos informantes, estando predestinada a produzir efeitos bastante discretos.

Por isso, defende-se a necessidade de uma nova Lei que, ao tempo de garantir em abstrato o anonimato de meros informantes – pois, como visto, a vedação do art. 5º, inciso IV, ao processo penal não se aplica – crie a proteção aos informantes de crime que também funcionarão como testemunhas no processo penal.

Também como defendido acima, considerado as medidas de compensação já construídas pela CIDH sobre o tema, entende-se que é possível a Lei prever a figura do informante confidencial no Brasil, desde que consideradas as seguintes circunstâncias: a) excepcionalidade demonstrada pelas circunstâncias do caso concreto, consistente em risco à vida ou à integridade física da testemunha e de seus familiares; b) adoção de medidas de compensação, tais como: 1) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar o seu comportamento durante o interrogatório para que possa formar a sua própria impressão sobre a confiabilidade da testemunha e de sua declaração, e 2) deve ser dada à defesa uma ampla oportunidade de interrogar indiretamente à testemunha – (por meio de perguntas a serem feitas pelo juiz – sobre questões que não estejam relacionadas com a sua identidade ou paradeiro atual; c) o testemunho confidencial não deve ser o único ou decisivo fundamento pela condenação do acusado; d) o testemunho confidencial deve ser avaliado em conjunto com o acervo probatório e com as objeções da defesa.

Presentes as cautelas acima, uma Lei que verdadeiramente proteja o informante anônimo e também o confidencial é plenamente constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALL THE PRESIDENTS MEN. Direção: Alan J. Pakula. Produção: Warner Bros., Wildwood, Wildwood Enterprises Roteiro: Carl Bernstein, Bob Woodward. 1976, 138 min, son., color., 35mm.

ALMEIDA, Jonas Reggiori; FILHO, Enio Walcácer de Oliveira. A evolução da colaboração premiada na Legislação Nacional e no Direito Comparado. *Vertentes do Direito*, v. 4, n. 1, p. 22–41, 2017.

ARAS, Vladimir. Sistemas informais de remessa de valores. Curso de capacitação e treinamento para o combate à lavagem de dinheiro. Porto Alegre, 2008.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAILEY, John e MATTHEW M., Taylor. Evade, Corrupt, or Confront? Organized Crime and the State in Brazil and Mexico. In: *Journal of Politics in Latin America*, vol. 1, n. 2, p. 3-29, 2009.

BARDHAN, Pranab. Corruption and Development A Review of Issues. *Journal of Economic Literature*, n. 35, p. 1320-1346, 1997.

BBC, 2009. *Aftershock timeline*. 02 de setembro de 2009. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/worldservice/business/2009/09/090902\\_aftershock\\_timeline\\_no\\_flash.shtml](http://www.bbc.co.uk/worldservice/business/2009/09/090902_aftershock_timeline_no_flash.shtml). Acesso em 04/03/2020.

BBC, 2018. *Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades*. 20 de março de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>. Acesso em 04/03/2020.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Ed. Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. *La política de la sociedad de riesgo*. Vol. 13, núm. 3, p. 501-515, 1998.

\_\_\_\_\_. “Momento cosmopolita” da sociedade de risco. *ComCiência* nº 104 Campinas, 2008. Tradução: Germana Barata e Rodrigo Cunha.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. In: *Revista Consultor Jurídico*, 10 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico> >. Acesso em 07/07/2019.

BJØRKELO, Brita; EINARSEN, Ståle, BIRKELAND, Morten et al. *Silence is golden? Characteristics and experiences of self-reported whistleblowers*. *European Journal of Work and Organizational Psychology*. Vol. 20. p. 206-238, 2008.

BOWEN, Robert. M; CALL, Andrew C; e RAJGOPAL, Shiva. *Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences*. *The Accounting Review*, Vol. 85, nº. 4 pp. 1239–1271, 2010.

BRASIL. Anteprojeto Afonso Arinos, de 26 de setembro de 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 04/03/2020.

\_\_\_\_\_. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento C, p. 155 a 162, 28 de setembro de 1987. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/9b\\_Sistematizacao.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/9b_Sistematizacao.pdf). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art15). Acesso em 04/03/2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.866, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13866.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13866.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm). Acesso em 04/03/2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas Ameaçadas). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991 (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (Convenção Interamericana contra a Corrupção). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 (Convenção de Palermo). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (Convenção de Nações Unidas no Combate à Corrupção – Convenção de Mérida). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015 (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8506.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais (BEPS). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm). Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. Resolução STF nº 361, de 21 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO361-2008.PDF>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Resolução SF nº 16, de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Congresso/ResSF16-06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Congresso/ResSF16-06.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.405/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJE 2.-04-2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86127>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 28.417 AgR, Relator(a) min. Dias Toffoli, j. 27-2-2014, P, DJE de 2-4-2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5567715>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 99.306, Relator(a) min. Ricardo Lewandowski, j. 16-6-2010, 1ª T, DJE de 20-8-2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613568>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 110.603, Relator(a) min. Gilmar Mendes, j. 7-2-2012, 2ª T, DJE de 24-2-2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1757242>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 95.776, Relator(a) min. Marco Aurélio, j. 30-6-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601182>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 98.256, Relator(a) min. Cármen Lúcia, j. 3-11-2009, 1ª T, DJE de 11-12-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606685>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 117.051, Relator(a) min. Luiz Fux, j. 6-5-2014, 1ª T, DJE de 23-5-2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931136>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 378 MC, Relator(a) p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015, P, DJE de 8-3-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 34.690-AgR, Relator(a) min. Edson Fachin, j. 25-9-2018, 2ª T, DJE de 5-10-2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748377144>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 30.234, Relator(a) min. Cármen Lúcia, j. 4-10-2011, 1ª T, DJE de 20-10-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1525525>. Acesso em 05/03/2020.

BREWER, Gene A e SELDEN, Sally Coleman. *Whistle Blowers in the Federal Civil Service: New Evidence of the Public Service Ethic*. Journal of Public Administration Research and Theory, July 1998.

BUGARIN, Maurício Soares e BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. *Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?* São Paulo: Revista Direito GV, v. 13 n. 2, p. 390-427, 2017.

BUSCAGLIA, Edgardo e DIJK, Jan van. *Controlling Organized Crime and Corruption in the Public Sector*. Forum on Crime and Society, vol. 3, nºs. 1/2, 2003.



BUSCAGLIA, Edgardo. *The vertical integration of organised crime linked to political corruption: an economic analysis of asset forfeitures and human rights*. Revista Estudos Institucionais, vol. 3, n. 2, 2017.

CALLAHAM, Elletta Sangrey e DWORKIN, Terry Morehead. *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*. 37 Vill. L. Rev. 273, 1992. dispon

CARSON, T.L., VERDU, M.E. e WOKUTCH, R.E. *Whistle-Blowing for Profit: An Ethical Analysis of the Federal False Claims Act*. J Bus Ethics 77, 361, 2008.

CHALOUAT, Iheb; CARRIÓN-CRESPO, Carlos e LICATA, Margherita. *Law and practice on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors*. International Labour Office, Sectoral Policies Department – Geneva: ILO, 2019.

CHASSANG, Sylvain; e MIQUEL, Gerard Padró i. *Corruption, Intimidation, And Whistle-Blowing: A Theory Of Inference From Unverifiable Reports*. National Bureau Of Economic Research 1050, July 2014.

CEARÁ, Lei nº 16.829, de 13 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/223821004/doece-13-01-2019-pg-3>. Acesso em 05/03/2020.

CHEN, Ye-Feng; JIANG, Shu-Guang e VILLEVAL, Marie Claire. *The Tragedy of Corruption Corruption as a social dilemma Working paper GATE*. p. 2015-2031, 2015.

CLAUSEN, Bianca; KRAAY, Aart; and NYIRI, Zsolt. *Corruption and Confidence in Public Institutions: Evidence from a Global Survey*. The World Bank Economic Review, vol. 25, nº 2, pp. 212-249, 2011. Disponível em: [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13470/wber\\_25\\_2\\_212.pdf?sequence=1](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13470/wber_25_2_212.pdf?sequence=1). Acesso em 30 de junho de 2017.

COOTER, Robert e GAROUPA, Nuno. *The Virtuous Circle of Distrust: A Mechanism to Deter Bribes and Other Cooperative Crimes*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 7 de novembro de 2000. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/83c0k3wc>. Acesso em 03/09/2019.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos)*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 05/03/2020.

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Caso Doorson versus The Netherlands* (n. 20524/92). Sentença de 26 de março de 1996. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57972"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. *Caso Kostovski versus the Netherlands* (n. 11454/85). Sentença de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/14aca1/pdf/>> Acesso em 03/09/2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fundo,

Reparos e Custas. Acórdão de 29 de maio de 2014. Série C, nº. 279. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso EM 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. *Caso Pollo Rivera e Outros Vs. Peru*. Fundo, Reparos e Custas. Acórdão de 21 de outubro de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf). Acesso em 05/03/2020.

CHO, Yoon Jik e Hyun Jin, SONG. *Determinants of Whistleblowing Within Government Agencies*. Public personnel management 44, September 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. Ibccrim. Boletim n. 317, Abril/2019. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastre-anunciado). Acesso em 06/09/2019.

DALTON, Derek e RADTKE, Robin R. *The joint effects of Machiavellianism and ethical environment on whistle-blowing*. Journal of Business Ethics, 117(1), p. 153–172, 2013.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes e PASCOLATI JR., Augusto. A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda? 2019. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim – 318, Maio/2019.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União de 16/04/2019. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155\\_PT.pdf?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155_PT.pdf?redirect). Acesso em 05/03/2020

DWORKING, Terry M. e BROWN, A.J. "The Money or the Media? Lessons from Contrasting Developments in US and Australian Whistleblowing Laws, Seattle Journal for Social Justice: Vol. 11: Iss. 2, Article 8, 2013.

ELLISTON, Frederick A. *Anonymity and whistleblowing*. Journal of business ethics. p. 167-177, 1982.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira e SANGOI, Bernardo Girardi. *A crise da jurisdição e a funcionalização do direito pela economia: a justiça e os números*. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 18, n. 7, p. 214 – 229, 2017

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. The False Claims Act (FCA), 31 U.S.C. §§ 3729 – 3733, 1863. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2017-title31/pdf/USCODE-2017-title31-subtitleIII-chap37-subchapIII-sec3729.pdf>> Acesso em 03/09/2019.

Constituição dos Estados Unidos da América (1787),

\_\_\_\_\_. The Sarbanes-Oxley Act of 2002. H. Rept. 107-610, 2002. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-107hrpt610/pdf/CRPT-107hrpt610.pdf>.> Acesso em 03/09/2019.

\_\_\_\_\_. The Federal Whistleblower Protect Act of 1989, U.S.C. 2302(b)(8)-(9), Pub.L., 1989. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>> Acesso em 03/09/2019.

ETHICS RESOURCE CENTER. *Inside The Mind of a Whistleblower: A Supplemental Report of the 2011 National Business Ethics Survey*, 2012. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/wp-content/uploads/2012/05/inside-the-mind-of-a-whistleblower-NBES.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

FATF. High-risk and other monitored jurisdictions. Disponível: [https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf\\_releasedate\)](https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)). Acesso em 06/09/2019.

FREE TO CHOOSE. Milton Friedman, Robert McKenzie, Peter Jay. Produção: Video Arts TV Production, Video Arts TV Production [us] in association with WQLN, Erie PA, 1980

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Repensando a Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens – Uma Breve História da Humanidade. Editora LePM, 1ª Edição, 2015.

HUNTINGTON, Samuel P. Political Order in Changing Societies. Yale University Press, 1968.

Transparência Internacional. A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation. Março de 2018. Disponível em: [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best\\_practice\\_guide\\_for\\_whistleblowing\\_legislation](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best_practice_guide_for_whistleblowing_legislation). Acesso em 05/03/2020.

JOHANSSON, Elka e CAREY, Peter. *Detecting Fraud: The Role of the Anonymous Reporting Channel*. Journal of Business Ethics, vol. 139, no. 2, pp. 391-409, 2016.

KAPLAN, Steven E. e WHITECOTTON, Stacey M. An Examination of Auditors Reporting Intentions When Another Auditor Is Offered Client Employment. Journal of Practice & Theory, Vol. 20, No. 1, pp. 45-63, março de 2001.

KAPLAN, Steven E.; PANY, Kurt; SAMUELS, Janet e ZHANG, Jian. *An examination of anonymous and non-anonymous fraud reporting channels*. Advances in Accounting, incorporating Advances in International Accounting N° 28, p. 88–95, 2012.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. Delictae, vol. 2, nº 3, 2017

LEFF, Nathaniel. Economic Development through Bureaucratic Corruption. American Behavioral Scientist, p. 8-14, 1964.

LEMES, S.; OLIVEIRA, V. A. Nível de convergência dos princípios contábeis brasileiros e norte-americanos às normas do IASB: uma contribuição para a adoção das IFRS por empresas brasileiras. *Revista Contabilidade & Finanças - USP*, v. 22, n. 56, art. 3, p. 155-173, 2011.

LENNANE, KJean. "Whistleblowing": a health issue. *BMJ (Clinical research ed.)* vol. 307 p. 667-670, 1993.

LIRA, Antiógenes Marques de. Macrocriminalidade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35, p 80-92, 1995.

MARANHÃO. Lei nº 11.060, de 5 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/250760835/doema-executivo-05-07-2019-pg-1>. Acesso em 05/03/2020.

MATO GROSSO. Lei nº 11.078, de 10 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei-11078-2020.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

MATOS FILHO, Renato de Souza. Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no Processo Penal. *Revista de Ciências do Estado*, v. 2, n. 2, 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/70742/do-mensalao-a-lava-jato-a-ascensao-da-barganha-e-da-colaboracao-premiada-no-processo-penal>>. Acesso em: 06/09/2019.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, nº 3, p. 681-712, 1995.

MIRAGLIA, Paula; OCHOA, Rolando; et al. Transnational Organised Crime and Fragile States. OECD Development Co-operation Working Papers, n. 5, OECD Publishing, Paris, 2012. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/development/transnational-organised-crime-and-fragile-states\\_5k49dfg88s40-en](https://www.oecd-ilibrary.org/development/transnational-organised-crime-and-fragile-states_5k49dfg88s40-en). Acesso em 06/09/2019.

MUGGAH, Robert. Lessons from organised crime task forces: Brazil and beyond. 2017. Disponível em: <https://globalinitiative.net/lessons-from-organised-crime-task-forces-brazil-and-beyond/>. Acesso em 03/09/2019.

NEAR, Janet P e MICELI, Marcia. Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics*: vol. 4, p. 1–16, 1985.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: ESMPU, 2011, p 45-62.

NEW YORK TIMES. Ten Years Ago, Wall Street Collapsed. These Reporters Told the Story. 15 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/09/15/insider/reporting-on-the-financial-crisis.html>>. Acesso em 06/09/2019.

NORTH, Douglass C. Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD. *The Detection of Foreign Bribery: The Role of Whistleblowers and Whistleblower Protection*, 2017. Disponível em: [www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm](http://www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm). Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. *Brazil Policy Brief: Strengthening Integrity For Sustainable Growth*. Novembro de 2015. Disponível: <https://www.oecd.org/policy-briefs/brazil-strengthening-integrity-for-sustainable-growth.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

\_\_\_\_\_. *Transnational Organised Crime And Fragile States*, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/WP3%20Transnational%20organised%20crime.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

ON THE WATERFRONT. Direção: Elia Kazan; Roteiro: Budd Schulberg, Produção: Horizon Pictures. 1954, 108 min, son., color., 35mm.

PETERS, Kath; LUCK, Lauretta; HUTCHINSON, Marie; et al. Emotional sequelae of whistleblowing: findings from a qualitative study. *Journal of clinical nursing*. Vol. 20, p. 2907-2914, 2011.

PIECADE, Antonio Sérgio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 14, n. 2, p. 100–121, 2019.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. *Adjusting the Lens on Economic Crime Preparation brings opportunity back into focus Economic crime*. 2016. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/pdf/GlobalEconomicCrimeSurvey2016.pdf>. Acesso em 05/03/2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Governance and corruption. *Global Crises, Global Solutions*. P. 301-344, 2004.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Challenge of Poor Governance and Corruption. In: *Global Crises, Global Solutions: First Edition*, edited by Bjørn Lomborg. Cambridge University Press, 2004. Disponível em: <http://www.copenhagenconsensus.com/sites/default/files/cp-corruptionfinished.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2017.

SERPICO. Direção: Sidney Lumet. Produção: Artists Entertainment Complex, Produzioni De Laurentiis International Manufacturing Company. Roteiro: Peter Maas e Waldo Salt. 1973, 130min, son., color., 35mm.

SHELLEY, Louise. Transnational organized crime: an imminente threat to the nation-state. *Journal of International Affairs*, vol. 48, n. 2, p. 463-489, 1995.

SHLEIFER, Andrei, e ROBERT Vishny. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*. p. 599-617, 1993

SILKWOOD. Direção: Mike Nichols. Produção: ABC Motion Pictures. Roteiro: Nora Ephron e Alice Arlen. 1983, 131 min, son., color., 35mm.

SILVA, Gilson Rodrigues e SOUZA, Rossana Guerra de. *A influência do canal de denúncia anônima na detecção de fraudes contábeis em organizações*. *Revista de*

Contabilidade e Organizações 30, p. 46-56, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rco/article/view/134372/134054>. Acesso em 05/03/2020.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 285–314, 2017.

SNOWDEN. Direção: Oliver Stone. Produção: KrautPack Entertainment, Vendian Entertainment, Endgame Entertainment. Roteiro: Kieran Fitzgerald e Oliver Stone. 2016, 134min, son., color., 35mm.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito penal econômico e o novo direito penal. In: *Inovações no direito penal econômico*. Brasília: ESMPU, 2011. p. 105-146.

STIGLITZ, Joseph E. e PIETH, Mark. Superando a economia paralela. Friedrich Ebert Stiftung Brasil. Análise nº 20/2017 Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13165.pdf>. Acesso em 06/09/2019.

SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*, Vol. 5, n. 1, p. 1-12, 1940.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald. R; LUCKENBILL, David. The theory of differential association. *Deviance: A Symbolic Interactionist Approach*. p 64-68, 1995.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Billions: seletividade sem máscaras da Justiça criminal. In: *CRIMINOLOGIA E CINEMA - SEMÂNTICAS DO CASTIGO*. Coordenação Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski, Evandro Piza Duarte. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2018.

SYKES, Gresham M. The society of captives: a study of a maximum-security prison. New Jersey, Princeton University Press, 1974.

THALER, Richard H. e SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Yale University Press, New Haven & London, 2008.

THE FIRM. Direção: Sydney Pollack. Roteiro: John Grisham e David Rabe. Produção: Davis Entertainment, Mirage Enterprises, Paramount Pictures. 1993, 154 min, son., color., 35mm.

THE HARDER THEY FALL. Direção: Mark Robson. Roteiro: Philip Yordan (screen play), Budd Schulberg. 1956, 109 min, son., color., 35mm.

THE INSIDER. Direção: Michael Mann. Roteiro: Marie Brenner e, Eric Roth. Produção: Touchstone Pictures, Forward Pass, Blue Lion Entertainment. 1999, 157 min, son., color., 35mm.

THE POST: A Guerra Secreta. Direção: Steven Spielberg. Produção: Twentieth Century Fox, DreamWorks, Reliance Entertainment. Roteiro: Liz Hannah, Josh Singer: 2017, 116min, son., color., 35mm.

VALOR ECONÔMICO. Brasil pode ser suspenso de grupo internacional. 03 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/6009639/brasil-pode-ser-suspenso-de-grupo-internacional>>. Acesso em 06/09/2019.

WATSON, Alan. Legal Transplants: an approach to comparative law. 2ª Ed. The University of Georgia Press, 1993.

WILDE, Jaron H. *The Deterrent Effect of Employee Whistleblowing on Firms' Financial Misreporting and Tax Aggressiveness*. The Accounting Review: Vol. 92, nº. 5, p. 247-280, setembro de 2017.

WILLIAMS, Phil. Transnational organized crime and the state. In R. Hall & T. Biersteker: *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge Studies in International Relations). p. 161-182, 2002.

THE WORLD BANK. Combating Corruption (brief). 4 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>>. Acesso em 06/09/2019.